EDMOND GAY
AVOCAT

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES PUBLICS EN DROIT VALAISAN

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE

SION
IMPRIMERIE COMMERCIALE, FIORINA & PELLET
1932

EDMOND GAY

DE SION

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES PUBLICS EN DROIT VALAISAN

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BERNE

SION
IMPRIMERIE COMMERCIALE, FIORINA & PELLET
1932

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A mes parents

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0016

BIBLIOGRAPHIE

A. PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTES.

Antonievitch : La nature juridique de la fonction publique. Thèse Genève 1914.

Arlet Louis : De la responsabilité de l'Etat législateur. Thèse Bordeaux 1914.

Becker H. : Obligationenrecht. Vol. VI du Kommentar zum schw. Z. G. B. de Gmür. Berne 1917.

Berthélemy H. : Traité élémentaire de droit administratif, 2me édit., Paris 1926

Berthélemy H. : Droit administratif. Paris 1926.

Blumenstein E. : Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Berne 1911.

Bonnard Roger : Précis élémentaire de droit public. Paris 1925.

Bonnard Roger : De la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne. Paris 1914.

Bovay Henri : Etude sur la responsabilité civile des personnes morales à raison des faits illicites de leurs organes d'après l'article 55, al. 2, C. C. S. Thèse Lausanne 1911.

Burckhardt W. : Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. Berne 1931.

Burckhardt W. : Schweizerisches Bundesrecht, staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903. Frauenfeld 1930.

Cattaneo G. : Lo stato giuridico dei pubblici ufficiali ed impiegati nel cantone Ticino. Thèse Fribourg 1930.

Chamorel Jacques : La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle. Thèse Lausanne 1925.

Chapuisat Ed. : Le cautionnement des fonctionnaires publics. Fascicule extrait de la «Schw. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung», IVme année (1903—04) Nos 3 et 4. Brougg 1903.

Cot Pierre : La responsabilité civile des fonctionnaires publics. Paris 1922.

de Courten P. : La commune politique valaisanne. Thèse Fribourg 1920.

Défago V. : Anachronismes administratifs et judiciaires en Valais. Publié dans la «Schweiz. Juristen-Zeitung» 22—23. Année 1926.

Delessert A. : La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse. Thèse Lausanne 1931.

Duguit Léon : L'Etat, les gouvernants et les agents. Paris 1903.

Duguit Léon : Traité de droit constitutionnel, 2me édit., Paris 1923.

Escher Hans : Schweizerisches Bundesbeamtenrecht. Thèse Zurich 1903.

Esmein A. : Eléments de droit constitutionnel français et comparé. 7me édition, Paris 1924.

Fick F.: Das schweizerische Obligationenrecht. Erste Auflage, zugleich IV. Auflage des einbändigen Kommentars von Dr. Schneider und Dr. H. Fick. Zurich 1911.

Fleiner Fritz: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Tübingen 1923.

Fleiner Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 5me édition, Tübingen 1920.

Frey Hermann: La responsabilité de l'Etat du chef des actes illicites commis par ses organes, fonctionnaires et employés dans l'exercice de leurs fonctions au préjudice des particuliers. Thèse Neuchâtel 1916.

Geser Albert: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate mit besonderer Berücksichtigung des schw. Rechtes. Thèse Fribourg 1898.

Giacometti J.: Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des B. G. Thèse Tübingen 1924.

Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre u. des Körperschaftsrechts, 1918.

Hauriou M.: Droit administratif. 10me édit., Paris 1921.

Hauriou M.: Principes de droit public. 2me édit., Paris 1916.

Hauriou M.: Précis de droit administratif et de droit public. 11me édition, Paris 1927.

Heffter: Beiträge zum deutschen Staatsrecht.

His Dr.: Commentaire du droit public fédéral.

Holliger Jakob: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Thèse Zurich 1904.

Huber Paul: Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters. Zurich 1928.

Imhof A.: Das öffentliche Dienstverhältnis. Publié dans la «Zeitschrift für schw. Recht.» 1929,

Jäger C.: Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Ed. française par R. Petitmermet et H. Bovay. Lausanne-Genève 1920—22, tome I.

Jedlicka Georg: Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht. Thèse Zurich 1928.

Jellinek Georg: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1921.

Jellinek Georg: Gesetz und Verordnung. 1887.

Jèze G.: Les principes généraux du droit administratif. 3me édit., Paris 1930.

Klewitz: Die Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen.

Koch F.: Die Stellung der Beamten und Angestellten im Staat und das Problem des Beamtenrechts. Publié dans «Staatsbürgerliche Vorträge». No 2, St-Gall 1916.

Koller J.: Dienstverhältnis Appenzell Inner-Rhoden. Publié dans la «Schw. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung». (1926), 27me année.

Krell Walter: Die Haftung des Betreibungs- und Konkursbeamten nach Art. 5 F.F. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11. April 1889) und den kantonalen Einführungsgesetzen. Thèse Zurich 1929.

Laband: Staatsrecht. Edition française 1901.

Lefas A.: L'Etat et les fonctionnaires. Paris 1913.

Lehr Ernest: Traité élémentaire de droit civil germanique (Allemagne et Autriche), Paris 1892.

Masteau J. : La responsabilité de l'Etat. 1927.

Mayer Otto : Deutsches Verwaltungsrecht. 1914.

Mayer Otto : Le droit administratif allemand. Edition franç., Paris 1903—06.

Mottier Edgar : De la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires en droit positif allemand. Thèse Lausanne 1927.

Muller H. : Staatsarbeiter und Beamtenrecht in der Schweiz. Publié dans la «Schw. Zentralblatt für Staat- und Gemeindeverwaltung» (1919), 20me année.

Nägeli Henri : Die Disziplinargewalt des Staates und der Gemeinden über ihre Beamten und Angestellten nach der Gesetzgebung der schw. Kantone. Thèse Zurich 1915.

de Nesmes-Desmarets : De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers. Thèse Monpellier 1910.

Neumeyer Karl : Internationales Verwaltungsrecht. Vol. II. München und Berlin 1922.

Nievergelt J. : Beamtenrecht des Kantons Zürich. Thèse Zurich 1916.

Oser H. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Zurich 1929.

Ott Henri : Théorie juridique de la fonction publique fédérale. 1915.

Pierre Eug. : Traité de droit politique électoral et parlementaire. Paris 1919.

Roguin Ernest : La science juridique pure. Lausanne 1923.

Rossel V. : Manuel du Droit fédéral des obligations. 4me édit., Lausanne 1920.

Rossel V. et *Mentha F.* : Manuel de droit civil suisse. 2me édit., Lausanne 1922.

Schütz Albert : Die Ersatzpflicht des Staates für den durch seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt rechtswidrig verursachten Schaden im schweizerischen Recht. Thèse Zurich 1918.

Secrétan Roger : La situation juridique des fonctionnaires. Co-rapport présenté à la Société suisse des Juristes. Fascicule extrait des «Verhandlungen des schw. Juristenvereins» 1929. Lausanne 1930.

Sonder J. P. : Behörden und Beamte nach bündnerischem Staatsrecht. Thèse Fribourg 1917.

Spielmann Fritz : Etude sur l'organisation du notariat en Suisse. Lausanne 1926.

Studhalter A. : Der Beamtenstreik nach schweizerischem Recht. Berne 1925.

Suter R. : Die Entwicklung der modernen Staatsidee. Publié dans «Staatsbürgerliche Vorträge» No 1, St-Gall 1916.

von Thur : Partie générale du Code fédéral des obligations. Trad. franç. Thilo et de Torrenté. Lausanne 1930.

Unternährer W. : Die Verantwortlichkeit der Zivilstandsbeamten nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Thèse Berne 1918.

Usteri Paul : Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien. *(judex qui litem suam fecit)* Zurich 1877.

Vogt Alb. : Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden. Thèse Berne 1922.

Weiss G. : Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schw. Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht sowie den zugehörigen Nebengesetzen, Verordnungen und internationalen Uebereinkünften. Vol. I, II, III, Zurich 1925—28.

Weyermann H.: Der Regierungsstatthalter nach bernischem Recht. Thèse Berne 1923.

Ziegler: Ueber die Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten. Publié dans la «Zeitschrift für schw. Recht». Année 1929.

B. DOCUMENTS LEGISLATIFS

Bürgerliches Gesetzbuch, 18 août 1896.

Code civil suisse.

Code civil valaisan.

Code fédéral des obligations.

Code de procédure civile valaisan, 22 nov. 1919.

Constitution du Canton du Valais, du 8 mars 1907.

Constitution fédérale du 29 mai 1874.

Décret cantonal du 19 mai 1916 concernant l'établissement d'une Banque Cantonale.

Décret cantonal du 15 mai 1931 sur le service de l'état civil.

Décret cantonal du 17 mai 1892 concernant l'organisation des autorités de surveillance désignées pour l'exécution de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et la procédure à suivre en cas de plaintes, d'appels et de recours.

Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Zurich 2 avril 1911.

Gesetz über die Haftung des deutschen Reiches für seine Beamten, 22 mai 1910.

Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten. Grisons, 16 novembre 1902.

Message du Conseil d'Etat relatif à la loi d'instruction du code civil suisse pour le canton du Valais, 24 janvier 1911.

Loi cantonale d'application du Code civil suisse, 15 mai 1912.

Loi cantonale du 26 mai 1891 concernant l'exécution de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Loi cantonale du 4 mai 1896 sur le notariat.

Loi bernoise du 19 mai 1851 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires publics.

Loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires de la Confédération.

Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires.

Loi genevoise du 23 mai 1900 concernant la responsabilité civile de l'Etat de Genève et des Communes.

Loi neuchâteloise du 2 décembre 1903 sur la responsabilité civile de l'Etat et des Communes.

Loi vaudoise du 29 novembre 1904 sur la responsabilité de l'Etat et des Communes à raison d'actes de leurs fonctionnaires ou employés ne se rattachant pas à l'exercice d'une industrie.

Ordonnance cantonale relative à la tenue des livres, à la surveillance et aux tarifs des chambres pupillaires, 13 décembre 1913.

Ordonnance cantonale du 17 avril 1920 concernant la tenue du registre foncier cantonal.

Ordonnance cantonale du 9 décembre 1919 pour l'introduction du registre foncier en Valais.

Ordonnance fédérale du 18 mai 1928 sur le service de l'état civil.

Ordonnance fédérale du 24 octobre 1930 sur les rapports de service des fonctionnaires de l'administration générale de la Confédération.

Reglement betreffend die Ausführung der Verordnung über das Notariat, Uri. 28 octobre 1911.

Règlement du Grand Conseil du Canton du Valais, du 20 mai 1915.

Règlement de la Banque Cantonale du Valais, du 23 mai 1918.

Règlement du 4 mai 1920 concernant l'engagement, le service et les traitements des fonctionnaires et employés attachés aux bureaux de l'Etat.

Verfassung des deutschen Reiches, 11 août 1919.

C. PERIODIQUES ET JURISPRUDENCE

Bulletin sténographique des Chambres fédérales.

Feuille fédérale.

Journal des Tribunaux.

Praxis des Bundesgerichtes.

Rapports annuels du Tribunal Cantonal du Valais.

Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral.

Revue du droit public.

Revue de la Société des Juristes bernois.

Revue suisse de jurisprudence.

Schweizerische Juristenzeitung.

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.

Staatsbürgerliche Vorträge.

Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins.

Zeitschrift für schweizerisches Recht.

LISTE DES ABREVIATIONS

A.T.F. : Arrêts du Tribunal Fédéral. Recueil officiel.
C. C. : Constitution du Canton du Valais.
C. F. : Constitution fédérale.
C. C. S. : Code civil suisse.
C. C. V. : Code civil valaisan.
C. O. : Code fédéral des obligations.
C. P. : Code pénal du Canton du Valais.
C. p. c. : Code de procédure civile du Canton du Valais.
C. p. p. : Code de procédure pénale du Canton du Valais.
J. T. : Journal des Tribunaux.
L. P. : Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.
L. A. : Loi valaisanne d'application du C. C. S.
R. C. : Registre du commerce.
R. F. : Registre foncier.
R. O. : Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
T. C. : Tribunal cantonal du Valais.
T. F. : Tribunal Fédéral.
Z. S. R. : Zeitschrift für schweizerisches Recht.

AVANT-PROPOS

Nous nous faisons un agréable devoir, au début de cette brochure, de remercier sincèrement toutes les personnes qui nous ont témoigné de l'intérêt en nous indiquant des sources ou en nous donnant de précieux renseignements. Nous tenons particulièrement à exprimer notre profonde gratitude à Monsieur le Conseiller d'Etat H. Mouttet, Professeur de droit civil à l'Université de Berne, qui, en dépit de ses multiples autres occupations, a bien voulu nous aider de ses judicieux conseils et revoir notre travail.

E. G.

INTRODUCTION

„Tout fonctionnaire doit être responsable"
Mme de Staël.

La fin du siècle dernier et le début de celui où nous vivons semblent devoir marquer une date dans l'histoire du droit public moderne. Ils furent, en effet, témoins d'un fait saillant : l'extension immense de l'activité étatique. Tandis qu'autrefois l'Etat se bornait à jouer un rôle négatif, en se contentant d'assurer à ses citoyens la sécurité extérieure, l'ordre intérieur, la sauvegarde de leur vie et de leurs biens, l'Etat moderne s'est vu imposer de nouveaux devoirs dictés par les circonstances sociales, les nécessités de la vie quotidienne. Son rôle devient nettement positif.

Ce développement, qui se manifeste encore, semble-t-il, chaque jour davantage, depuis la Grande Guerre surtout, est dû à deux causes principales : l'une plus ancienne et d'ordre politique : le suffrage universel établissant l'égalité politique ; l'autre d'ordre social : les profondes transformations de la vie économique, ayant pour conséquence inévitable l'inégalité sociale. Les exigences qui en résultent ont amplifié, dans de grandes proportions, le rayon d'activité de l'Etat qui est devenu, selon l'expression consacrée par la doctrine allemande un «Etat de droit» et un «Etat de culture». Indépendamment des charges d'ordre défensif qu'il assumait auparavant, l'Etat remplit aujourd'hui des fonctions visant au progrès constant de la civilisation et au bien-être de la collectivité. Son existence est de plus en plus étroitement liée à celle des particuliers. Il s'immisce, en quelque sorte, à la vie privée de chacun d'eux à un point tel que ceux-ci ne peuvent se soustraire à son autorité, ni se passer de son appui et de son aide. «On peut dire, sans pouvoir

être taxé d'exagération, qu'un particulier, à chaque instant de sa vie, se trouve en rapport avec un agent de l'Etat».[1])

N'étant toutefois pas une personne physique, mais bien plutôt une fiction juridique, l'Etat ne peut, comme tel, entrer directement en relations avec les individus qui composent la société. Il agit par l'intermédiaire d'organes qui le représentent et qui accomplissent en son nom les actes auxquels il ne peut se livrer en personne du fait de son abstraction. Ces représentants de l'Etat ne sont autres que les fonctionnaires publics, dans l'acception large du terme. Or, si l'on considère que le champ d'activité de l'Etat s'est aussi considérablement élargi au cours du demi-siècle dernier, il est aisé de concevoir que le nombre des fonctions publiques s'est accru en proportion de cette extension et, avec lui, par voie de conséquence, celui des fonctionnaires.

Ces derniers sont donc appelés à être en rapports constants avec les particuliers. Ces relations, comme d'ailleurs celles qui existent entre personnes privées, ne seront pas toujours exemptes de difficultés, cela va de soi. Le fonctionnaire, bien qu'accomplissant des actes au nom de l'Etat, n'est pas infaillible : il peut commettre des erreurs et même des fautes au préjudice soit de l'Etat lui-même, soit des particuliers. Il est donc nécessaire que l'on accorde à ceux-ci une certaine garantie, afin que leurs intérêts soient sauvegardés, et que l'on prévoie des mesures qui permettent de réparer le tort éventuel. Quelle doit être, en d'autres termes, la responsabilité des fonctionnaires publics ? Cette question, maintes fois posée par le monde des juristes, a déjà fait couler beaucoup d'encre : elle fut l'objet de grandes divergences d'opinions et les solutions envisagées n'ont pas toujours été heureuses.

Le législateur suisse, s'abstenant d'empiéter sur le domaine du droit public cantonal, s'est contenté de prescrire des normes générales sur les obligations qui résultent des actes illicites. L'article 61 C. O. réserve expressément aux cantons le droit de déroger à ces dispositions générales «en ce qui con-

1) de Nesmes-Desmarets, op. cit. p. 5.

cerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge . Il appartient donc aux cantons de légiférer sur la matière.

Le Valais, à l'instar de bien d'autres cantons encore, n'a pas cru devoir, jusqu'ici, faire usage de cette compétence que lui a octroyée le législateur fédéral. On rencontre bien, il est vrai, en fouillant les volumineux recueils de la législation valaisanne, quelques dispositions particulières visant l'un ou l'autre point de cet important problème juridique, mais ce ne sont là que des bribes éparses qui ne sauraient en aucun cas suffire à résoudre la question d'une façon positive et remplacer une loi spéciale dont l'existence devient de plus en plus nécessaire. On conçoit dès lors aisément le pénible embarras du juge qui sera subitement mis en présence d'un cas touchant ce vaste domaine qu'est le droit des fonctionnaires et qui devra le trancher de manière décisive, créant par là un précédent qui le liera dans une certaine mesure par la suite et sur lequel il sera toujours délicat de revenir. Sur quelles normes tangibles devra-t-il valablement s'appuyer ? La question est, sans aucun doute possible, fort délicate. C'est pourquoi la jurisprudence est bien souvent hésitante et même, parfois, contradictoire.

«Le juriste, a déclaré le professeur Secrétan lors d'une récente assemblée de la Société suisse des Juristes,[1]) doit s'efforcer, par l'observation et l'analyse, de ramener à un principe commun les manifestations fragmentaires et souvent contradictoires du droit des fonctionnaires». On ne pourrait guère mieux définir le but que nous nous sommes proposé en élaborant cet ouvrage.

Nous examinerons donc en premier lieu la notion de la fonction publique et celle de la responsabilité spéciale qui en découle, posant par là les bases générales qu'il est indispensable de bien connaître si l'on veut pouvoir approfondir notre sujet, car c'est sur elles que devra reposer la situation juridique du fonctionnaire valaisan. Puis, après une

1) Secrétan R., op. cit. p. 1.

rapide incursion dans le droit étranger dont nous soulignerons brièvement les traits caractéristiques et comparerons les systèmes essentiels, nous étudierons plus à fond et successivement la législation fédérale et cantonale réglant la responsabilité de différents fonctionnaires cantonaux, pour arriver ensuite à l'examen du problème qui se pose pour tous les cas au sujet desquels le droit positif est inexistant.

Et nous éprouverons une grande satisfaction si, une fois au terme de cette étude, nous avons le sentiment que nous sommes parvenu à faciliter un peu l'élaboration d'une loi sur la matière en faisant quelques suggestions personnelles qui, si elles ne peuvent s'appuyer sur une grande expérience, auront au moins le modeste mérite d'être le fruit d'une réflexion longuement mûrie.

PREMIERE PARTIE

LE FONCTIONNAIRE PUBLIC ET SA RESPONSABILITE

CHAPITRE I.

L'Etat et le fonctionnaire. Notions générales.

Ainsi que nous aurons l'occasion de le constater par la suite, le fonctionnaire n'est pas dans tous les cas seul responsable de ses actes ; l'Etat peut aussi être appelé à répondre pour lui. Il existe tantôt une responsabilité primaire du fonctionnaire et subsidiaire de l'Etat, tantôt aussi le contraire. Il importe donc d'analyser l'essence juridique de ces deux termes : Etat et fonctionnaire. Nous n'avons toutefois pas la prétention de donner de chacun d'eux une définition précise et indiscutable ; de grands juristes n'y sont pas parvenus. Mais il est indispensable, avant d'aller plus avant dans notre étude, d'en relever tout au moins le caractère fondamental et de ramener, une fois pour toutes, à une idée générale ces deux expressions, puisque nous devrons en user à chaque instant.

§ 1. L'Etat.

Suivant le point de vue auquel on l'examine, le mot **Etat** peut avoir diverses significations. Il peut représenter tout d'abord le territoire limité d'un pays dont les habitants sont

soumis au même régime politique ; c'est ainsi qu'on parlera des différents Etats d'Europe, par exemple. On entendra aussi par Etat une certaine forme de gouvernement, telle que république, royauté, Confédération d'Etats. Tantôt il faudra comprendre par ce terme le gouvernement lui-même, l'administration supérieure d'une nation : tantôt aussi, ce sera la collectivité des citoyens qui forment un tout politique.

C'est dans l'étroite réunion de ces deux dernières conceptions qu'il faut, croyons-nous, trouver l'essence de l'Etat considéré au point de vue juridique. Jellinek définit l'Etat de la manière suivante : «C'est l'organisation politique (herrschaftliche) d'un peuple fixé sur un territoire, ayant à sa base une volonté *unique* et toute puissante.»[1])

Cette unité de volonté est l'une des conditions essentielles de l'Etat sans laquelle ce dernier ne saurait exister. Si l'on remonte d'ailleurs à l'antiquité, on en retrouve déjà l'empreinte. L'Etat grec, en effet, se caractérise par une profonde cohésion des fonctions publiques. Sa volonté n'est autre que celle du peuple ; le citoyen prend une part directe à l'activité étatique. L'homme, selon Aristote, est un être social, *ζῶον πολίτικον*, destiné à vivre en société ; tout ce qui n'est pas inhérent à l'Etat est ou bien Dieu ou bien animal. Il ressort donc de ces idées que l'Etat est un tout uniforme et indivisible, qualité qui correspond bien à la nature de l'Etat moderne. Ce qui distingue toutefois celui-ci de l'ancien, c'est sa situation vis-à-vis du particulier, de l'individu pris à part : tandis qu'autrefois l'Etat était le grand maître et que l'être humain semblait être créé pour lui et destiné à le servir, il existe, au contraire, de nos jours, dans l'intérêt de ses citoyens : c'est lui qui doit servir aux besoins et au bien-être de la collectivité.

Ce trait caractéristique de l'unité étatique apparaît aussi manifestement en droit romain. Le citoyen est également appelé à remplir diverses fonctions publiques, à concourir à l'élaboration des lois. La puissance publique, *l'imperium*, repose dans le peuple qui n'est que l'ensemble des individus. Seul le Moyen-

1) Jellinek, Gesetz und Verordnung, p. 190—191.

Age a rompu cette unité de l'Etat qui devait renaître par la suite. L'indépendance des Etats féodaux, la désagrégation des villes, la désunion de l'Etat et aussi le dualisme entre l'Eglise et l'Etat en furent la cause.

L'histoire moderne nous apprend qu'au cours de ses premiers siécles une idée nouvelle s'est fait jour : celle de l'absolutisme. L'Etat est l'être tout-puissant et souverain ; cette souveraineté réside en la personne de son chef. Cette conception s'accentue particulièrement en France : nul n'en a mieux extériorisé la portée que Louis XIV par son mot célèbre : «l'Etat, c'est moi». Peu à peu cette manière de voir s'est généralisée et, bien qu'on prête à Frédéric II cette parole : «Je suis le premier serviteur de l'Etat», il n'en reste pas moins évident que l'absolutisme rigoureux était l'idée maîtresse de l'époque, si l'on songe que, dans son testament, le grand monarque léguait à son neveu, outre sa bibliothèque et sa galerie de tableaux, le royaume de Prusse![1])

Aujourd'hui les théories sur l'Etat abondent. Il va sans dire que, bien souvent, elles se combattent âprement. Il s'avère néanmoins, et ce, en dépit de la multitude d'opinions diverses qu'il serait inopportun d'exposer ici, qu'en fait, relevé au début de cette étude, paraît incontestable : l'Etat n'est pas un organisme réel, doué d'une existence propre et indépendante, il est une abstraction juridique qui n'arrive à se manifester qu'avec le concours de l'activité humaine.[2]) Pas d'Etat sans hommes, pourrait-on dire. L'être vivant est indispensable à l'Etat qui n'existe virtuellement que par lui. Sa personnalité n'est qu'une fiction juridique ; elle ne peut ni penser, ni agir : seuls des individus représentant la collectivité pourront lui donner cette réalité effective qui lui fait défaut. Ces individus sont les organes de l'Etat. Sans eux, ce dernier ne peut subsister : il n'est qu'un «néant juridique».[3])

Il semble cependant que la notion de l'Etat, bien qu'étrangère en quelque sorte à la rigoureuse réalité, ne doit pas com-

1) Voir Suter, op. cit. p. 5 et suiv.
2) Mottier, op. cit. p. 12.
3) Cf. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, p. 511 sq.

plètement disparaître comme telle pour faire place exclusivement aux individus qui la personnifient. A l'encontre de certaines théories exclusivistes et absolues, nous affirmons que l'Etat est et demeure une personne morale, comme d'ailleurs toute collectivité. La jeune Ecole française de Droit public repousse cette théorie ; ennemie des fictions et des conceptions métaphysiques, elle n'appuie sa méthode que sur des fondements positifs et concrets. «Ainsi donc, seuls existent réellement les organes de l'Etat, ou, pour mieux dire, les *hommes* qui sont englobés, désignés par le mot Etat.»[1]) C'est la négation de l'Etat en tant que personnalité juridique. Duguit exclut toute idée de personne morale, «réelle ou factice» ; il ne voit dans l'Etat que des individus, des volontés individuelles.[2]) On ne peut pourtant pas nier, semble-t-il, qu'il existe en réalité une volonté collective, ou tout au moins le travail commun d'une masse entière qui tend au même but, lors même que chacun de ces individus pris en particulier n'a pas conscience de ce but.

Indépendamment de ces considérations, relevons une distinction qu'a faite récemment le professeur Fleiner et qui intéresse tout particulièrement notre pays. A l'avis de cet éminent juriste, il existerait deux sortes d'Etats: L'Etat de fonctionnaires, «Beamtenstaat» et l'Etat populaire, «Volksstaat». Le premier serait formé d'un certain nombre de citoyens dont l'existence est subordonnée à la sienne, mais sans le concours desquels il ne pourrait pas vivre non plus. Dans le second, ce sont également certaines personnes qui assument les fonctions publiques, mais avec cette différence que ces dernières ne constituent pas leur activité essentielle, ce qui serait le cas pour nos cantons suisses, tandis que la Confédération elle-même aurait une forte tendance à devenir un «Beamtenstaat».[3])

Le droit allemand fait également une distinction ; mais celle-ci paraît capitale et il importe de la souligner du fait

1) Arlet, op. cit. p. 4.
2) Duguit, l'Etat, le Droit objectif et la Loi positive, p. 242 sq.
3) Cette distinction a été relevée par M. Albert Picot lors de l'assemblée des juristes suisses du 17 septembre 1929 et à l'occasion de la critique du travail qui y a été présentée par M. Secrétan, étude que nous citons dans la bibliographie.

qu'elle a une portée générale et qu'elle peut parfaitement s'adapter, en théorie du moins, au droit public commun. D'après lui, la personnalité de l'Etat peut être envisagée sous deux aspects nettement différents : l'Etat-fisc et l'Etat puissance publique. Ce ne sont cependant point là des formes distinctes de l'Etat, mais plutôt des qualités que revêt celui-ci suivant le genre d'activité qu'il déploie par l'intermédiaire de ses agents. Si donc il prend le caractère d'une personne privée qui se trouve avec des particuliers dans un rapport de droit privé, l'Etat prend le nom de Fisc. Ceci ne signifie toutefois pas qu'il devienne, de ce fait, une personne morale de droit privé, cette conception étant contraire à la nature même de l'Etat. Mais ce dernier peut, tout en demeurant personne morale de droit public, accomplir des actes d'économie privée, visant par là à certains intérêts pécuniaires qui lui sont indispensables pour toucher à son but. C'est alors que le titre de Fisc lui est attribué et, dans ce cas, il relève du droit civil. «Le Fisc est donc l'Etat en tant que personne du droit privé ou l'Etat au point de vue civil. On veut dire par là que le Fisc est toujours soumis au droit civil et que l'Etat s'appelle ainsi quand le droit civil doit lui être appliqué».[1])

Si, au contraire, l'Etat agit en vertu de ses pouvoirs, s'il ne fait qu'exercer ses droits d'autorité, c'est-à-dire chaque fois qu'il ne prend pas le caractère d'entrepreneur privé, il sera l'Etat proprement dit ou l'Etat puissance publique et relèvera alors exclusivement du droit public.

La jurisprudence allemande fait une application constante de ces principes en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires. Selon que ces derniers agissent en leur qualité d'organes du Fisc ou d'agents de la puissance publique, c'est respectivement le droit civil ou le droit public qui est applicable.

Anciennement, le droit français se rapprochait de cette théorie. Il faisait une différence, quant au droit à appliquer, entre les «actes d'autorité» et les «actes de gestion» accom-

1 Otto Mayer, tome I, p. 183. Voir également les pages précédentes.

plis par les agents de l'Etat. La jurisprudence a toutefois abandonné actuellement cette manière de voir et nous verrons par la suite le système qu'elle lui a préféré.

Notons enfin que le juge suisse n'est pas demeuré étranger à cette distinction et cela prouvera l'intérêt qu'offre pour nous la conception que nous venons d'examiner. Le T. F. reconnaît, lui aussi, que le droit applicable varie suivant que l'Etat a exercé son activité en tant que Fisc ou en tant que puissance publique. «Il est incontestable, dit l'un de ses arrêts,[1]) que l'Etat, envisagé comme fisc, soit comme personnalité de droit privé, peut avoir, comme tout autre particulier, des employés qui ne se trouvent en aucun rapport avec les buts spéciaux de l'Etat, et dont la situation vis-à-vis de ce dernier est toute de droit privé.»

Mais il n'en est pas de même lorsque les agents de l'Etat sont investis de fonctions revêtues d'un caractère public. Dans ce cas, le rapport qui les lie à l'Etat relève incontestablement du droit public.

§ 2. Le fonctionnaire.

On use fréquemment et indistinctement, dans le langage courant, des termes : fonctionnaires publics, employés de l'administration, agents de l'Etat. Ces expressions ont pourtant chacune un sens propre et il convient d'en déterminer avant tout, dans une étude comme la nôtre, la nature et la portée.

Tout d'abord, que faut-il entendre par **fonction publique** ? Il n'est guère facile, nous l'avons dit, d'en donner une définition exacte et irréfutable, d'autant plus que sa notion elle-même n'a, au reste, pas de sens bien précis. Laband en donne cette idée très générale : c'est «un cercle d'affaires d'Etat délimité par le droit public».[2]) Considérée au sens large du terme, la fonction publique comprend tout service, tant matériel qu'intellectuel, que le particulier est appelé à fournir à l'Etat et ce,

1) A. T. F., Vol. XII, p. 709.
2) Laband, édition française, tome II, p. 3.

soit en raison de certaines obligations auxquelles il est astreint vis-à-vis de celui-ci, soit également qu'il agit de par sa volonté propre. La notion de fonction publique embrassera donc, dans ce cas, aussi bien l'obligation de payer l'impôt, revenu nécessaire à l'existence de l'Etat, et celle d'accomplir le service militaire pour en assurer la sécurité extérieure, que l'exécution d'un travail salarié au profit de l'administration publique.

Dans un sens plus restreint, cette expression désigne une certaine activité qu'exerce un citoyen, le fonctionnaire, pour le compte d'une collectivité organisée, qu'on nomme cette dernière Etat, canton ou commune, peu importe, et à laquelle il est lié par un contrat de droit public qui l'oblige à fournir certaines prestations rémunérées ou compensées d'une manière quelconque. Citons, à titre d'exemple, et pour illustrer de manière concrète cette idée quelque peu confuse, la fonction de conservateur du registre foncier qui paraît bien remplir les conditions implicitement énumérées ci-dessus.

Au point de vue purement juridique, on entend par fonction publique «l'ensemble de pouvoirs et de devoirs organisés impersonnellement par la loi, c'est-à-dire un ensemble d'actes qui rentrent dans la compétence d'un organe étatique».[1]) Il est à noter que le sens strictement juridique exclut de la notion de fonction publique toute idée de contrainte. Les fonctions obligatoires, telles qu'on peut les concevoir dans le sens large, sont donc à éliminer rigoureusement du nombre des fonctions publiques envisagées dans le sens juridique. L'Etat pourrait, il est vrai, user sans réserve de son autorité en obligeant ses citoyens à remplir sans conditions telle ou telle fonction ; mais ce n'est là qu'une supposition théorique qui ne saurait pratiquement se réaliser si l'on songe que le but de l'Etat est de sauvegarder les intérêts de la société et, par conséquent, ceux des citoyens. Juridiquement parlant, il faut donc envisager la fonction publique dans son sens étroit : «comme telle, elle n'est que le rapport spécial de service public qui unit le fonctionnaire à l'Etat».[2])

1) Antoniewitch, op. cit. p. 10. Voir aussi les pages suivantes.
2) Antoniewitch, eod. loc. p. 15.

Et maintenant, qu'est-ce à vrai dire qu'un fonctionnaire ? Ce terme, nous devons le reconnaître, n'a pas de sens absolu, mais un sens élastique, variant selon les cas et selon les besoins.»[1]) La preuve en est que la législation allemande, pourtant si précise, évite à chaque occasion d'en donner une définition générale.[2]) Nous avons cependant vu plus haut que l'Etat agissait par l'intermédiaire d'organes ou d'agents qui ne sont autres que les fonctionnaires. Mais doit-on confondre ces trois mots : organe, agent et fonctionnaire ? Il semble que non, bien que, toutefois, ils se rapprochent beaucoup, et ce serait commettre une grave faute que de vouloir se dérober, dans une étude juridique, à l'obligation d'en relever les nuances, si légères soient-elles.

L'expression **organe** est d'une portée plus vaste que les deux autres ; elle englobe d'une façon générale toutes les personnes qui concourent à l'activité étatique, à l'extériorisation de la volonté de l'Etat. Ainsi donc, tout fonctionnaire est un organe de l'Etat, mais tout organe n'est pas nécessairement un fonctionnaire. Alle die zahlreichen Beamten sind Organe einer und derselben Person Staat. Sie sind durch Ueberordnung und Unterordnung in einem Instanzenzuge hierarchisch gegliedert.[3]) Quiconque contribue, dans une plus ou moins large mesure, et selon le degré de la charge publique qu'il assume, à faire marcher, si l'on peut dire, la machine étatique est un organe. Il est une certaine partie inhérente à un grand tout : organisation ou organisme.

Cette dénomination d'organe paraît avoir été empruntée aux sciences de la biologie et de la mécanique ;[4]) c'est là une comparaison heureuse, car, de même que l'organe, considéré au point de vue des sciences naturelles, est un élément fonctionnel indispensable à la vie d'un corps, l'organe, envisagé

1) de Nesmes-Desmarets, op. cit. p. 7.
2) Cf. art. 1er de la Reichsbeamtengesetz : «Est fonctionnaire d'Empire *dans le sens de cette loi*.» Art. 359 Reichsstrafgesetzbuch : «Il faut considérer comme fonctionnaire, *dans l'esprit de la présente loi*.»
3) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, p. 93.
4) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, p. 119 sq.

sous l'aspect juridique, est un facteur indispensable à l'existence de l'Etat. Poursuivant ce rapprochement, on peut dire que, pareillement à l'organe biologique ou mécanique, qui signifie une partie quelconque de l'être ou de la chose, donc aussi bien par exemple le cœur ou l'oreille, le moteur ou la roue, de même l'organe du droit public représente tout rouage de la machine étatique, autant, par conséquent, le gouvernement lui-même qu'un simple titulaire d'une fonction publique secondaire. C'est dire suffisamment que cette expression a une portée tout à fait large.

Quant au terme **agent,** il est consacré principalement par le droit français qui l'oppose à celui de *gouvernant*. Tandis que celui-ci détient directement entre ses mains le pouvoir de l'Etat et qu'il dirige officiellement la vie publique des particuliers, l'agent n'est qu'un intermédiaire entre eux et ne fait que collaborer à l'œuvre du gouvernant qui lui dicte en quelque sorte l'activité qu'il doit exercer. Duguit dépeint cette différence en ces termes : «Deux idées générales sont à la base du droit public organique moderne : 1) les gouvernants, primaires ou représentants, formulent la loi «normative» et créent la loi «constructive», constatent ou créent le droit objectif ; la protection des particuliers consiste dans le caractère général et abstrait de la règle du droit ; 2) les agents interviennent dans le domaine du droit subjectif, la garantie des individus résulte alors du contrôle gouvernemental auquel les agents sont soumis et des liens hiérarchiques qui les unissent.»[1])

Les agents sont donc, pour ainsi dire, les serviteurs de l'Etat ; ils ne manifestent pas sa volonté d'une manière directe, mais ne font que contribuer à l'exercer. Ce sont par conséquent toutes les personnes qui sont affectées d'une manière ou d'une autre à un service public. Mais il importe de souligner que leurs charges se limitent au domaine administratif, étant donné qu'ils sont contraints de subordonner chacun de leurs actes à la volonté gouvernementale. C'est pourquoi le mot agent a un sens plus restreint que celui de fonctionnaire.

1) Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 367.

Revenons à présent à l'analyse de ce dernier dont nous avons dû nous écarter quelque peu par des considérations qui ne lui nuiront cependant en rien, puisqu'elles nous ont permis d'éliminer, tout en précisant leur sens, des expressions qui lui sont très apparentées et dont un usage abusif et impropre pouvait causer une confusion qu'il faut éviter à tout prix.

Tout ridicule que cela puisse paraître, et bien que ce soit fort maladroit de définir un mot dérivé par son mot d'origine, il semble cependant indiqué de rapprocher le terme **fonctionnaire** de celui de *fonction* dont il découle, de même qu'il sied de relever l'interdépendance des expressions Beamter et «Amt», leurs équivalents allemands.

Nous avons vu ce qu'est la fonction publique ; il serait donc facile d'en déduire que toute personne qui en est investie est un fonctionnaire public. Mais cette déduction ne saurait être absolue, car il existe certes des fonctions dont les titulaires ne peuvent être considérés comme des fonctionnaires. Ainsi, par exemple, la charge de juré est bel et bien une fonction, sans que, pour autant, le juré lui même soit un fonctionnaire. La qualité de fonctionnaire public ne s'acquiert donc pas uniquement par le fait d'exercer une fonction publique : elle résulte et dépend de la nature du lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat, ce que nous examinerons par la suite.

Ce qu'il y a de certain, c'est que la dénomination de fonctionnaire est extrêmement large ; il est, par conséquent très ingrat de vouloir s'appliquer à en définir le sens en quelques termes. Ce mot vise à la fois une catégorie immense d'individus qui, tous, mais à des degrés qui varient à l'infini, exercent une activité quelconque pour le compte et dans l'intérêt de l'Etat. Il suffit, pour s'en rendre compte, de penser qu'un juge cantonal, qui exerce dans le cercle de son Etat les plus hautes fonctions judiciaires, répond à ce nom de fonctionnaire tout comme un simple garde-champêtre, par exemple, dont les fonctions ne sont que secondaires. C'est dire toute la portée de ce mot que Roguin, tout en reconnaissant qu'il n'est pas mal choisi, trouve trop général : à son avis, il faudrait trouver des expressions plus claires, désignant mieux le genre d'agents de l'Etat

dont il s'agit dans chaque cas. «Toute cette terminologie, dit-il, serait à étudier et à fixer de nouveau.»[1])

Mais il n'est pas indiqué de rechercher ici les désignations plus précises qu'il conviendrait d'adopter : nous devons nous en tenir à la terminologie actuellement et partout usitée. D'ailleurs, les distinctions que l'on pourrait faire entre les diverses classes de fonctionnaires n'offriraient pas d'intérêt pratique bien grand. «Il est indifférent que les attributions, se rattachant à la fonction, aient un caractère de puissance ou soient simplement techniques. Une limite fixe entre les deux caractères est très difficile à déterminer, car pour beaucoup de fonctions, les attributions de puissance et les attributions techniques sont liées les unes aux autres.»[2])

Si l'on fait donc abstraction de ces multiples distinctions et que l'on groupe sous un seul et même nom «fonctionnaires publics» toutes les personnes qui, de près ou de loin, déploient une certaine activité pour le compte de l'Etat, on s'étonnera de l'immense étendue de leurs attributions. C'est pourquoi il est parfois fort difficile de distinguer de façon sûr si telle personne est en réalité un fonctionnaire public ou un employé privé. Où faut-il alors placer la limite qui séparera l'un de l'autre ? Question embarrassante qu'on ne peut résoudre d'une manière générale, mais qu'il faudra élucider chaque fois qu'un cas particulier se présentera. Et les cas de ce genre sont innombrables. Un exemple parmi tant d'autres : le maître d'un établissement cantonal qui ne donne que quelques cours par jour ou par semaine ; le fait de pouvoir vaquer à d'autres occupations personnelles à côté de ses fonctions officielles l'exclut-il du nombre des fonctionnaires ? Doit-il être considéré plutôt comme un employé privé du dit établissement, parce qu'il ne

1) Roguin, La science juridique pure, t. III, p. 565, note.
2) Laband, Staatsrecht, édit. française, t. II, p. 109. Duguit partage ce point de vue ; il cite le ministre, le préfet et le maire, qui font à la fois des actes de puissance, de gestion et des opérations matérielles. Cf. L'Etat, les gouvernants et les agents, p. 416.

voue pas tout son temps à l'Etat ? Nous aurons l'occasion de l'examiner encore plus loin.[1])

Si tel n'est pas le cas cependant, quel est le *criterium* qui permet de faire ressortir nettement le caractère spécial du fonctionnaire ? Sur ce point les avis diffèrent. En effet, d'aucuns y ont vu le fait que le fonctionnaire était nommé par les pouvoirs publics ; mais c'est là une théorie absolutiste qui disparaît de plus en plus en raison des progrès constants du parlementarisme, progrès qui ont fait admettre que le citoyen élu à une fonction publique était un fonctionnaire au même titre que celui qui est nommé par le gouvernement.[2])

D'autres ont estimé que ce critère réside dans le pouvoir de diriger, de commander. Rien de plus inexact, à notre avis, car il est des fonctionnaires, et combien, qui n'ont aucune autorité ; on ne peut nier, à ce propos, qu'un chimiste cantonal, un caissier communal, entre autres, n'en fassent partie.

Une autre opinion, assez généralement admise, paraît reposer sur un fondement plus solide, à savoir : celle d'après laquelle ce criterium réside dans le fait de la permanence du service public. Les fonctionnaires ont ceci de particulier qu'ils ne vouent pas une activité seulement temporaire à l'Etat ; «ils collaborent d'une manière continue à la gestion de la chose publique.»[3]) Toutefois, ce principe souffre quelques exceptions, notamment lorsque la fonction elle-même a été créée dans un but qui doit être atteint après une durée de temps relativement courte.

Le caractère qui doit être considéré comme le plus saillant, parce qu'il permet de reconnaître à coup sûr un fonctionnaire public, relève de la nature obligatoire de toute fonction étatique. Si celle-ci n'est pas reconnue comme indispensable à l'activité de l'Etat, si ce dernier peut aisément se passer de telle ou telle fonction, la personne qui est chargée de

1) Des objections de ce genre ont été faites par M. Roulet à l'occasion de la discussion du travail de M. Secrétan, cité dans la bibliographie. Cf. Z. S. R. 1929, p. 526 a.

2) Cf. de Nesmes-Desmarets, op. cit. p. 9—10.

3) Cf. Berthélemy, Droit administratif, p. 46. C'est aussi l'avis de Duguit et de O. Mayer, entre autres.

la remplir n'est pas, à proprement parler, un fonctionnaire public. Tel agent désigné par l'Etat participe-t-il à l'accomplissement d'une mission *considérée comme obligatoire* pour l'Etat, il est fonctionnaire, quelle que soit la nature des actes qu'il fait. Si non, il ne l'est pas.» Cette assertion de Duguit[1]) est claire et catégorique. C'est là, à l'avis du juriste français, le seul criterium du fonctionnaire qui soit admissible.

Il importe enfin, pour être complet, de faire une dernière distinction : celle qui existe entre le fonctionnaire public et **l'employé public,** en allemand «öffentlicher Beamter» et «öffentlicher Angestellter». La nuance est d'ailleurs assez légère, mais il en existe une tout de même, bien que certains auteurs ne veuillent pas la reconnaître. A ce sujet, deux théories s'opposent :[2]) d'après la première, le fonctionnaire détient une portion de l'autorité étatique, ce qui n'est pas le cas pour l'employé qui ne fait qu'agir pour l'Etat sans exercer aucun pouvoir. La seconde théorie se borne à placer le fonctionnaire dans la région élevée de la chose publique, tandis qu'elle réserve les degrés inférieurs de l'échelle à l'employé. C'est à ce second point de vue que nous nous rallions, tout en précisant que nous ne faisons pas état de cette nuance dans notre étude. L'article 61 C. O. met, au reste, le fonctionnaire et l'employé publics sur le même pied, mais, du moment qu'il cite les deux mots dans ce texte, c'est bien une preuve que le droit fédéral admet tacitement l'existence d'une certaine différence, si minime cette dernière soit-elle. Plus subtile est la distinction faite par Holliger[3]) que nous nous contentons de relever : pour lui, il y a d'un côté des employés publics de droit public et, de l'autre, des employés publics de droit privé. Il ne nous appartient pas d'approfondir ici cette question.

En résumé et afin de préciser une fois pour toutes le sens que nous donnons au terme fonctionnaire tout au long de cette étude, nous tenterons la définition suivante : *Toute personne physique qui se trouve liée d'une manière durable à l'Etat* —

1) Cf. Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 413—414.
2) Sans compter donc celle qui nie l'existence d'une telle différence.
3) Cf. Holliger J., op. cit. p. 117 et s.

et par ce dernier il faut entendre aussi bien le district et la commune que la Confédération ou le canton — *par un rapport de service*[1]) *relevant du droit public est un fonctionnaire public.* Il y a donc lieu d'englober sous cette dénomination aussi bien les membres des autorités que les fonctionnaires proprement dits.[2]) Quant à la nature du lien qui les unit à l'Etat, son étude fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II.

La nature juridique du fonctionnaire public.

La situation juridique du fonctionnaire public ne saurait être comparée à celle d'un employé ou d'un salarié ordinaire : elle est spéciale et présente ainsi un intérêt dogmatique évident. Aussi a-t-elle fait l'objet d'études approfondies qui n'ont pas toujours apporté un résultat pratique bien grand. Les divergences d'idées sur ce point sont énormes : en effet, les auteurs n'arrivent pas à s'accorder sur la nature juridique du lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat. Il suffit de comparer

1) Ce terme «rapport de service» n'est que la traduction du mot allemand «Dienstverhältnis» qu'il est difficile de bien rendre en français.

2) v. Oser, Commentaire, p. 423 : «Darüber hinaus zählen zu den Beamten aber auch die Mitglieder von Behörden, die staatliche Geschäfte und Aufgaben verwalten, aber in keinem Dienstverhältnis stehen, da es nicht auf Rechte und Pflichten zwischen ihnen und dem Gemeinwesen sondern auf deren Stellung nach aussen ankommt. Dazu gehören also auch die Mitglieder der gesetzgebenden Behörden.» V. A. T. F. Vol. 19, p. 851 ; Vol. 20, p. 812 : 31, II, p. 718. Voir aussi Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 236 : «Von diesem Standpunkt aus betrachtet sind die Mitglieder eidgenössischer Verwaltungskommissionen (Landesmuseumskommission, Kommission für die eidgnenössischen Medizinalprüfungen, usw.) ebensogut Beamte, wie die Mitglieder des Bundesrates oder die Kreispostdirektoren ; denn auch sie haben bestimmte staatliche Aufgaben zu erfüllen.»

les opinions émises par quelques uns d'entre eux pour se rendre compte du gouffre immense qui les sépare. Quelle est donc la nature de ce lien ? Faut-il y voir une convention analogue aux contrats que connaît le droit privé ou plutôt un acte unilatéral de la puissance publique ? Un exposé succint des principales théories existant à ce sujet nous permettra de procéder par voie d'élimination et d'en tirer les déductions qui s'imposent.

Théorie du contrat civil. Cette théorie assimile la situation du fonctionnaire public à celle d'un employé privé. Le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat n'est autre qu'une sorte de contrat de travail ou un mandat. L'accord de volontés consiste, d'un côté, dans la nomination du fonctionnaire par l'Etat et, de l'autre, dans l'acceptation de cette charge par le fonctionnaire.

Cette théorie est généralement abandonnée de nos jours : elle n'offre plus aucun intérêt, si ce n'est peut-être qu'elle a encore quelque valeur historique. En effet, la presque unanimité des auteurs modernes a renoncé à placer sur le terrain du droit privé la situation du fonctionnaire public.

Théorie dite éclectique. C'est celle d'un certain nombre d'auteurs français[1]) qui font une distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion. D'après eux, la situation de la première sorte de fonctionnaires découlerait d'un décret unilatéral, tandis que celle des seconds serait le résultat d'un simple contrat de travail.

De même que la précédente, cette théorie est aujourd'hui délaissée et ce, en raison de sérieuses objections : tout d'abord le fait que la nomination a lieu de manière identique aussi bien pour le fonctionnaire d'autorité que pour celui de gestion: ensuite, bien qu'on s'accorde à reconnaître qu'il existe en réalité une différence entre les actes d'autorité et les actes de gestion, cette différence n'implique pas nécessairement une distinction entre les fonctionnaires qui accomplissent ces actes :

1) Parmi lesquels on compte **Berthélemy** et **Nézard.**

cette distinction, si elle devait exister, serait d'ailleurs très difficile à établir. Enfin, en ce qui concerne le prétendu contrat de travail qui lierait les fonctionnaires de gestion à l'Etat, on ne peut admettre, et ce point est déjà contesté par les adversaires de la première théorie, que des fonctionnaires soient comparés à de simples salariés ordinaires.

Théorie du contrat de droit public. Ainsi que son nom l'indique, cette théorie fait naître d'un contrat spécial, convention *sui generis*, le lien qui existe entre l'Etat et le fonctionnaire. Il ne s'agit plus ici d'un contrat de droit privé, mais d'un contrat qui a son fondement dans le droit public. Les droits et les obligations tant de l'Etat que du fonctionnaire découlent d'un échange de consentements. Cette doctrine s'appuie sur le fait que le fonctionnaire, pris au sens étroit du terme, ne saurait être astreint à accepter une fonction, fait que nous avons d'ailleurs relevé plus haut. La situation juridique du fonctionnaire revêt donc un caractère contractuel : deux parties sont en présence, d'un côté l'Etat, de l'autre le fonctionnaire. Avant de devenir fonctionnaire, ce dernier est un citoyen indépendant vis-à-vis de l'Etat : à un moment donné, il se lie volontairement à celui-ci par un rapport de service qui restreint sa liberté juridique en lui imposant certaines obligations. Ces obligations, il ne fait que les accepter librement, le droit de contrainte à un service public étant reconnu comme pratiquement inexistant. Le rapport de service entre l'Etat et le fonctionnaire résulte donc de l'accord de leurs volontés réciproques. «Une obligation créée entre deux personnes, en vue et avec l'effet de créer unilatéralement ou synallagmatiquement des obligations, c'est ce qui a toujours été appelé, depuis qu'il existe une science du droit, le contrat.»[1] Ce contrat, que les partisans de cette théorie — à la tête desquels se trouve Laband[2] — nomment tantôt contrat

1) Antoniewitch, op. cit. p. 122.
2) On trouve à sa suite : Jellinek (System der subjektiven Rechte, 2me édit., p. 210) : Demartial (Le statut des fonctionnaires) ; Laferrière (La Juridiction administrative, 2me édit., t. I, p. 618 et suiv.) ; Kammerer (La fonction publique d'après la législation allemande, p. 76 sq.).

de droit public, tantôt contrat de fonction publique ou contrat de service public, est parfait au moment de la nomination du fonctionnaire.

Bien que la jurisprudence semble ne pas vouloir se désintéresser de cette théorie, celle-ci est peu à peu reléguée à l'arrière plan par les auteurs modernes dont les objections principales sont, en quelques mots, les suivantes : Il ne peut s'agir d'un contrat, parce qu'il y manque un élément essentiel : la détermination de son objet : les droits et obligations du fonctionnaire ne découlent pas de l'acte de nomination. Ils sont fixés d'avance par les lois et règlements et l'autorité compétente peut, en tout temps, les modifier. Pour Duguit,[1]) la notion de service public est incompatible avec celle de contrat. Un autre grief que l'on fait à cette théorie est que le fonctionnaire ne peut altérer sa situation par un accord avec l'Etat, comme ce devrait être le cas si celui-ci était réellement partie contractante. Enfin, pour les partisans de l'idée que l'Etat n'est pas une personne morale, il ne peut s'agir d'un contrat quel qu'il soit, étant donné que l'Etat n'a pas qualité pour agir en tant que partie, qu'il n'est pas capable de contracter.

Les adversaires de la théorie du contrat public militent en faveur d'un autre système :

La théorie de l'acte unilatéral. C'est la théorie prédominante, qui est représentée en France par Duguit, Hauriou, Jèze, et en Allemagne par Otto Mayer, Zorn, Bluntschli, auxquels se joint le juriste suisse Fleiner. D'après elle, la nomination du fonctionnaire est un acte unilatéral de la puissance publique qui agit par voie d'autorité et non par voie contractuelle. L'Etat-puissance publique ordonne : le fonctionnaire ne fait qu'accepter. L'Etat peut contracter en tant que personne privée avec des particuliers, mais il ne peut à aucun prix le faire en tant que personne de droit public. Le contrat de droit public est

1) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2me édit., t. III, p. 118.

donc chose impossible. D'autre part, la situation du fonctionnaire existe déjà, au moment de sa nomination, en vertu de la loi ou des règlements ; ce n'est donc pas la nomination, ni l'acceptation de la charge par l'intéressé qui déterminent la situation juridique du fonctionnaire public.[1])

Ce système, au dire de ses partisans, doit être préféré aux autres, parce qu'il donne plus de garantie à l'Etat qui peut ainsi, quand il le juge bon, restreindre indépendamment de la volonté du fonctionnaire les droits de ce dernier, tels par exemple celui de grève ou d'association. Mais on peut se demander avec raison s'il est bien juste de sauvegarder les intérêts de l'Etat au détriment de ceux des fonctionnaires. Il est sans doute louable d'avoir en vue avant tout le bien-être et la sécurité de l'Etat, mais il semble que la situation des fonctionnaires qui agissent pour lui ne doit pas en souffrir. Le système que nous venons de voir a néanmoins un mérite incontestable : celui d'assurer le bon fonctionnement des services publics.

Telles sont, en grandes lignes, les principales théories sur la situation juridique du fonctionnaire public.[2]) A laquelle d'entre elles doit-on se rallier, ou plutôt, que faut-il en retenir ? Nous ne nous arrêterons à ni l'une ni l'autre des deux premières dont l'intérêt nous paraît relatif. Quant aux deux autres, elles offrent chacune une argumentation qui ne saurait nous laisser indifférent en présence d'un problème aussi complexe. Si la théorie de l'acte unilatéral repose sur des principes solides et sains, celle du contrat public nous paraît par contre plus rationnelle et équitable. Bien que le système de la situa-

1) «Le fonctionnaire n'est pas dans une situation juridique subjective ; il n'a point de droits et d'obligations subjectifs ; il a des pouvoirs et des devoirs objectifs qui découlent de l'application qui lui est faite d'une loi proprement dite.» Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 428.

2) Ces théories ont été exposées et critiquées de façon remarquable et complète par M. le Prof. Secrétan à l'assemblée des juristes suisses de 1929. Nous renvoyons à l'étude de cet auteur que nous citons dans notre bibliographie et où nous avons été heureux de pouvoir puiser ces renseignements et de trouver l'indication de sources intéressantes.

tion légale rallie le plus grand nombre de suffrages, celui de la situation contractuelle ne doit pas être écarté, parce qu'il favorise le fonctionnaire dont le statut a été négligé pendant assez longtemps. Le premier des deux court le risque de «donner une prépondérance exagérée à l'autorité contre l'agent.»[1]) Le second semble correspondre moins bien à la réalité juridique. Toutefois, nous penchons plutôt pour le système d'un contrat dont l'étude de la nature devrait être reprise à fond, afin d'en assouplir la notion toute spéciale. Ce qu'il y a de certain, c'est que les auteurs modernes sont encore bien loin de se mettre d'accord sur cette importante et délicate question.

La jurisprudence fédérale a évité à plus d'une reprise de prendre position, semblant attendre que le problème puisse être résolu de façon plus sûre. «Le Tribunal fédéral, il est vrai, a encore laissé ouverte la question de savoir si la nomination des fonctionnaires constitue un acte unilatéral du pouvoir administratif nécessitant simplement l'assentiment de l'intéressé ou si les relations entre Etats et fonctionnaires ont à leur base un contrat. Mais soit les auteurs, soit les arrêts qui se rallient au système du contrat sont unanimes à reconnaître que c'est un contrat de *droit public ;* cela est évident puisque l'un des sujets est l'Etat agissant dans l'exercice de sa souveraineté et aussi bien, en droit positif suisse l'article 362 C. O. ne laisse place à aucun doute et soustrait catégoriquement au domaine du droit privé les relations entre l'Etat et les fonctionnaires.»[2])

C'est ce dernier point qui est essentiel et qu'il importe de retenir avant tout. La situation juridique du fonctionnaire public relève exclusivement du droit public. Le rapport juridique qui existe entre l'Etat et le fonctionnaire est, quelle que soit l'idée que l'on se fait de la manière dont il a été créé, un rapport de droit public. Il ne peut donc être question en aucun cas de faire application du droit privé à l'égard d'un

1) Secrétan, op. cit. p. 23.
2) A. T. F. Vol. 50, I, p. 75—76. Voir aussi A. T. F. Vol. 24, II, p. 941 ; 41, II, p. 181 ; 46, I, p. 149.

fonctionnaire public, principe formellement reconnu par la jurisprudence constante du T. F.[1]) D'ailleurs le texte de l'article 362 C.O. ne laisse subsister aucun doute quant à la nature du droit qui doit régir les fonctionnaires publics : «Le droit public de la Confédération et des Cantons demeure réservé pour les employés et fonctionnaires publics.»[2]) Or, un vieux dicton en usage chez les juristes allemands, et que relève Jellinek,[3]) affirme : «öffentliches Recht ist öffentliche Pflicht», droit public signifie aussi devoir public. Et la notion de devoir implique celle de responsabilité ; le fonctionnaire n'en sera donc pas mis à l'abri, ainsi que nous le verrons par la suite.

Nous connaissons maintenant la nature de la fonction publique, ou du moins son caractère essentiel. Il nous reste à examiner comment naît le rapport juridique qui existe entre le fonctionnaire et l'Etat, quel est son objet et comment il s'éteint.

§ 1. Formation du rapport juridique.

Ce rapport, nous l'avons vu, est un «rapport de service» : le fonctionnaire qui est investi d'une charge publique se trouve dans un rapport de subordination vis-à-vis du pouvoir administratif de l'Etat.[4]) Mais à partir de quel moment le fonctionnaire se trouve-t-il ainsi lié par ce rapport ? Quel est l'acte déterminant qui fait d'un simple individu un fonctionnaire public ? Avant de répondre à cette question, il convient de relever que, bien souvent, le citoyen qui aspire à une charge

1) En 1887 déjà, dans un arrêt Lambelet c. Vaud, le T. F. déclare : «les devoirs des fonctionnaires apparaissent comme des obligations de droit public, dont l'accomplissement ne doit point être poursuivi par la voie d'une action civile.» A. T. F. Vol. 13, p. 534. «Das staatliche Anstellungsverhältnis ist kein privatrechtlicher Dienstvertrag, sondern es untersteht, *kraft Bundesrecht* (O. R. Art. 362) dem *öffentlichen* Rechte des Bundes oder der Kantone...» A. T. F. Vol. 41, II, p. 181. Voir encore A. T. F. Vol. 46, I, p. 149—150.

2) Ici encore on peut constater que le législateur fédéral a mis sur le même pied fonctionnaires et employés. V. supra, Chap. I, fin du § 2.

3) Jellinek G. Allgemeine Staatslehre, p. 565.

4) Voir A. T. F. Vol. 12, p. 709 sq.

publique, doit au préalable remplir certaines *conditions* sans lesquelles il ne peut devenir fonctionnaire.

Parmi ces dernières, il en est une qui est requise dans la majorité des cas : celle de la nationalité ; pour être admis au nombre des fonctionnaires d'un Etat, l'intéressé devra être sujet de celui-ci. En outre, il devra presque toujours fournir les preuves de sa capacité, preuves consistant en diplômes, certificat ou attestations ; on pourra même, pour se convaincre de ses aptitudes, le soumettre à certaines épreuves d'admission. Très fréquemment aussi, le candidat devra remplir des conditions d'âge ; il ne devra pas dépasser une limite, minimum ou maximum, prévue par la loi ou les règlements. Puis, il sera tenu, pour que ses aspirations puissent être prises en considération, d'apporter des témoignages de son honorabilité, soit de déposer un certificat de bonnes mœurs ou un extrait de casier judiciaire. Il pourra également être astreint à fournir des sûretés avant d'entrer en fonctions ; on exigera de lui un cautionnement dont le montant sera plus ou moins élevé selon l'importance de la charge qu'il sera appelé à remplir par la suite. Ce système de garantie, qui a un caractère nettement administratif, est encore très usité dans certains pays,[1]) mais il fait l'objet de critiques acerbes.[2]) Enfin, s'il s'agit d'un employé

1) En Suisse, les fonctionnaires et employés fédéraux sont souvent obligés, en raison de leur charge, de fournir une caution. Dans l'administration communale, cette obligation se rencontre plus rarement. «Il est à remarquer que dans toutes les municipalités suisses, exception faite pour la ville de Zurich, le nombre des fonctionnaires soumis à un cautionnement est restreint : c'est ainsi que nous n'en comptons que quatre dans la ville de Neuchâtel et un seul dans les villes de Schaffhouse et de Sion.» Chapuisat E., **Le cautionnement des fonctionnaires publics**, p. 11.

2) C'est ainsi que Chapuisat s'écrie dans le même ouvrage : «Il est donc permis d'affirmer que l'exigence d'un cautionnement est une atteinte au principe de la démocratie qui doit tenir compte des mérites personnels, mais est tenue d'ignorer les ressources matérielles de ceux qu'elle appelle à gérer ses biens.» op. cit. p. 21. Cette remarque se justifie certes dans une certaine mesure ; mais l'auteur semble oublier que le cautionnement est exigé pour sauvegarder les intérêts des particuliers qui peuvent être lésés par les fonctionnaires. La protection de ces intérêts communs ne fait-elle pas partie des principes dictés par la démocratie ?

et suivant le genre d'emploi dont il sera revêtu, il devra répondre à des conditions physiques indispensables.

Une fois ces conditions remplies, en tout ou en partie, — elles dépendent des exigences de l'Etat intéressé — l'autorité compétente procède à la **nomination** du fonctionnaire. Mais ce seul acte de nomination n'est pas suffisant pour créer le rapport juridique entre l'Etat et le fonctionnaire. Un facteur est encore nécessaire, étant donné qu'il n'existe pas de fonctions obligatoires :[1]) c'est *l'acceptation* de cette nomination par le fonctionnaire. Dès l'instant où ce dernier déclare accepter sa nomination, le lien juridique prend naissance et l'unit étroitement à l'Etat en lui conférant certains droits et en le soumettant à certaines obligations qu'il accepte également *eo ipso*. C'est sans doute l'existence de cette condition qui a fait considérer à beaucoup de juristes la situation du fonctionnaire comme découlant d'un contrat, ainsi que nous l'avons vu plus haut. En ce qui concerne cette acceptation, peu importe qu'elle soit immédiate ou qu'elle soit communiquée dans un délai fixé par l'autorité ;[2]) l'essentiel est qu'elle soit manifestée.

Le rapport juridique peut aussi être créé par **l'élection,** suivant le genre de fonction qui entre en ligne de compte. Nous avons vu, en effet, que les membres des autorités faisaient également partie du nombre des fonctionnaires ; or un magistrat est toujours élu, que ce soit directement par le peuple ou par l'autorité (législative, exécutive ou même judiciaire). Mais, ici, encore, l'existence du rapport juridique entre l'Etat et le fonctionnaire est soumise à la volonté de celui-ci : elle dépend, comme pour la nomination, de *l'acceptation* de l'intéressé. Dans l'un et l'autre cas donc, deux facteurs concourent à la formation du rapport juridique : d'un côté, un acte unilatéral de la puissance publique, de l'autre la manifestation de l'accord de l'individu.

Revenant à la nomination, on ne doit pas oublier que celle-ci n'est pas toujours définitive ; un fonctionnaire peut être nommé à titre provisoire, période d'essai pendant laquelle l'au-

1) Cf. supra.
2) Cf. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. t. II, p. 265—266.

torité qui l'a choisi l'observera avant de prendre une détermination décisive. Dans ce cas, le rapport juridique est-il déjà créé dès l'entrée en fonction provisoire ? Nous répondons négativement à cette question en nous basant sur le fait que l'autorité n'a pas encore, à ce moment, accompli l'acte déterminant : elle ne fait qu'examiner si les conditions nécessaires sont réunies avant de se prononcer. En conséquence, nous prétendons que, pendant ce laps de temps, l'individu qui remplit ces fonctions est soumis au droit commun et ce, jusqu'à sa nomination définitive ; le droit spécial des fonctionnaires publics ne saurait lui être appliqué.

§ 2. *L'objet du rapport juridique.*

A partir du moment où le rapport de service est né, son existence entraîne des conséquences immédiates. Il crée des devoirs qui incombent à chacune des deux parties : l'Etat et le fonctionnaire. Or les devoirs de l'Etat correspondent aux droits des fonctionnaires. Mais les droits de ces derniers comportent, à leur tour, des obligations négatives : «La notion de compétence reste toujours celle-ci : la compétence est un pouvoir objectif, le pouvoir de faire telle chose, ce qui implique le devoir objectif de ne pas faire la chose contraire.»[1])

Ce sont précisément ces droits et ces obligations du fonctionnaire qui forment l'objet du rapport juridique de service. Ils sont déterminés par la loi et les règlements, qui, seuls peuvent les changer.[2]) Ces droits et obligations varieront, par conséquent, suivant les cas et les Etats qui les fixent. C'est pourquoi nous devons nous borner à énumérer ceux d'entre eux qui sont généralement reconnus.

1) Duguit, L'Etat, les gouvernants et les agents, p. 441.
2) «Les obligations et les devoirs de la fonction d'une part, et d'autre part les droits du fonctionnaire au traitement, à la pension, au titre et au rang.. sont réglés par le droit objectif et ne peuvent être changés par des stipulations particulières.» Laband, Staatsrecht, édit. franç., t. II, p. 130.

a) **Droits des fonctionnaires.** Le premier, que nul ne conteste, est le droit au *traitement*. Le fonctionnaire qui consacre son temps et son activité à l'Etat peut, cela va de soi, prétendre à une compensation pécuniaire. Bien plus, ce droit doit être considéré comme un élément même de la fonction.[1]) Il subsiste aussi longtemps qu'existe le rapport de service. Il ne faudrait toutefois pas voir dans le traitement une sorte de rémunération résultant d'un louage de services ; nous savons que le fonctionnaire n'est pas lié à l'Etat par un rapport de ce genre. Le traitement doit être plutôt considéré comme «l'équivalent légal d'un service public. Il en résulte que ce n'est qu'à raison de ses fonctions que le fonctionnaire ou l'employé a droit à son traitement et que la cessation légale des dites fonctions entraîne de droit la perte de ce traitement.[2])» Traitement ne veut donc pas dire salaire. Cependant — la jurisprudence fédérale l'a déclaré à maintes reprises[3]) — le droit au traitement du fonctionnaire public offre un caractère de droit privé ; les réclamations pécuniaires des fonctionnaires appartiennent au domaine du droit privé pour le motif qu'elles ont leur source dans l'intérêt privé des fonctionnaires qui les formulent. Mais ceci n'enlève rien au caractère de droit public du rapport qui unit le fonctionnaire à l'Etat, caractère qui doit être considéré comme essentiel, tandis que le droit au traitement ne constitue qu'une prétention secondaire. Les divergences d'opinions sur la nature juridique de la fonction publique ont d'ailleurs provoqué d'ardentes controverses sur la nature du traitement lui-même.

Le droit pécuniaire du fonctionnaire comprend également le droit à la *retraite*. Après un certain nombre d'années de service, ou lorsqu'il devient infirme ou qu'il est atteint d'une maladie grave, le fonctionnaire a droit à une somme qui lui sera versée périodiquement et basée sur le montant du trai-

1) «Die Besoldung bildet einen gesetzlichen Bestandteil des Amtes.» Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 260.
2) A. T. F. Vol. 13, p. 535, Arrêt Lambelet c. Vaud, 4 nov. 1887.
3) Voir A. T. F. Vol. 16, p. 441 et 445 ; Vol. 12, p. 710 ; Vol. 24, II, p. 941 et s.

lement qu'il recevait pendant son activité : cette somme sera en outre proportionnelle à la durée effective de ses fonctions. Quelquefois ce droit s'étend à la famille du fonctionnaire, après la mort de celui-ci, sous la forme d'une pension qui est allouée soit à la veuve, soit aux orphelins. Le droit à la retraite ne se rencontre cependant pas partout. Il est des législations qui ne l'ont pas encore établi.

Un autre droit du fonctionnaire, généralement reconnu lui aussi, est le droit à la *protection*. C'est le devoir de chaque Etat de protéger ses citoyens. Or le fonctionnaire se trouve dans une situation spéciale : il représente l'Etat et agit en son nom. Par conséquent, quiconque lèse un fonctionnaire lèse, de ce fait et indirectement, l'Etat lui-même. Il est donc équitable que l'Etat accorde une protection plus étendue au fonctionnaire. Aussi, certains Etats, l'Allemagne par exemple, ont prescrit des mesures disciplinaires et même pénales qui répriment de façon particulièrement sévère tout acte illicite commis au préjudice d'un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

Le droit *d'association* appartient également au fonctionnaire, comme il appartient du reste aux autres citoyens. En Suisse, il est garanti par l'article 56 C. F. qui en détermine l'étendue et le soumet à certaines conditions destinées à assurer la sécurité de l'Etat. Toutes associations qui pourraient porter atteinte à cette dernière sont prohibées. C'est là la règle générale. Pour le fonctionnaire toutefois, ce droit est plus restreint que pour les simples particuliers. En raison de sa situation à part, le fonctionnaire ne peut faire partie d'une société dont le but est incompatible avec le but de ses fonctions. Ainsi, une association, qui n'a rien d'illicite pour de simples particuliers, pourra être interdite à des fonctionnaires parce qu'elle poursuit un but contraire à celui de leurs fonctions.[1])

Vient ensuite toute une catégorie de droits auxquels peuvent prétendre les fonctionnaires dans la majorité des cas et des Etats, droits qui sont presque toujours et partout définis de façon formelle. Nous relevons au nombre de ceux-ci : le

1) V. Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 260.

droit aux *congés*, lequel dépendra du genre de fonctions et variera généralement en proportion de la durée de ces dernières ; le droit au *remboursement des dépenses* extraordinaires occasionnées par l'exercice des fonctions ; de même, le droit à certaines *indemnités*, ainsi, par exemple, pour les déplacements que devra faire le fonctionnaire pour le compte de l'Etat ; en outre, le droit de *résilier* en tout temps ses fonctions, puisque aussi bien le fait de les accepter relevait de sa volonté :[1]) quelquefois, le fonctionnaire a encore droit aux *inventions* et découvertes qu'il fait dans l'exercice de ses fonctions, mais bien souvent avec de larges restrictions ; enfin, il a presque toujours un droit de *recours* ou, tout au moins, de défense en cas de révocation ; notons qu'en Valais, d'après l'article 22 de la Constitution cantonale, le fonctionnaire «ne peut être destitué ou révoqué qu'après avoir été entendu ou appelé et sur décision motivée de l'autorité qui l'a nommé.»

Citons en dernier lieu, et bien que personnellement nous ne le reconnaissons pas, un droit que certains veulent admettre, mais que beaucoup, par contre, rejettent : le droit à la *grève* Cette question a été maintes fois soulevée et discutée. Il nous semble cependant qu'il serait fort dangereux pour la sécurité d'un Etat de reconnaître un tel droit aux fonctionnaires. Ce sont précisément ceux-ci qui sont appelés à garantir la bonne marche de l'organisme étatique ; qu'en adviendra-t-il s'il leur appartient en même temps de l'entraver ainsi à leur guise et pour des motifs qui bien souvent seront futiles ? Il est certain, nous l'avons dit, qu'on doit procurer le plus de bien-être possible aux fonctionnaires ; mais on ne peut pour autant leur accorder des avantages qui risquent d'être nuisibles à l'Etat. Aussi, à notre avis, ce dernier a le droit d'interdire la grève et

1) On ne peut toutefois trop généraliser ce droit qui dépend des lois relatives au statut des fonctionnaires. Dans certains cas il est soumis à des conditions déterminées ; il faudra notamment que le fonctionnaire ait exercé ses fonctions pendant un minimum de temps. Mais, s'il est exercé, il causera dans la plupart des cas l'extinction de celui à la retraite, sauf, bien-entendu, si le fonctionnaire qui s'en prévaut a rempli les conditions — notamment d'âge — auxquelles ce droit à la retraite est subordonné.

d'en réprimer toute tentative par des peines disciplinaires ou même, en cas de troubles graves, par des sanctions pénales.[1])

b) **Obligations des fonctionnaires.** La principale est celle *d'exercer la fonction* qu'on leur a confiée. Le fonctionnaire doit accomplir le travail qui fait l'objet de ses attributions avec conscience et scrupule, pour le bien de la collectivité. Ces fonctions, il est tenu de les remplir personnellement et ne peut charger un tiers de s'en acquitter en son lieu et place. La loi ou les règlements prévoient les cas où il pourra se faire remplacer, ainsi que les formes de ce remplacement.[2]) C'est la loi également qui l'autorisera, cas échéant, à se procurer des aides. Pendant toute la durée de ses fonctions, le fonctionnaire est tenu de consacrer tout son temps et son zèle à leur exercice. «Der Beamte hat ihnen (den ihm übertragenen Amtsgeschäften) .. seine ganze hierzu erforderliche Kraft zu widmen.»[3])

Ce devoir en implique d'autres, tel que celui de *résider* bien souvent au siège de la fonction[4]) ou de faire les déplacements que nécessitent ses charges. Fréquemment aussi, l'employé public sera obligé de porter un uniforme, comme c'est le cas pour un huissier ou un gendarme par exemple.

Autre obligation importante : Le fonctionnaire est astreint au *secret professionnel*. Il doit garder le silence le plus absolu

1) Voir dans le même sens Studhalter, op. cit. p. 75 et suiv. «Das öffentliche Interesse verlangt, dass die Staatsmaschine in ununterbrochenem Gang gehalten werde, und es wäre widersinnig, wenn gerade diejenigen, denen die Bedienung dieser Maschine anvertraut ist, das Recht haben sollten, nach Belieben das Wirtschaftsleben und die Rechtsordnung überhaupt zu stören und aufzuhalten.»
Cet auteur estime toutefois qu'on ne doit pas avoir recours à des mesures de droit pénal. A son avis, il faut protéger davantage les droits des fonctionnaires ; on peut le faire en instituant des instances spéciales.

2) Il peut y avoir deux sortes de remplacement : la suppléance et la délégation ; dans le premier cas, le suppléant est désigné d'avance, par exemple pour un juge-instructeur ; dans le second, le délégué est nommé spécialement par l'autorité pour accomplir telle ou telle tâche à la place d'un fonctionnaire empêché, par ex. un greffier désigné *ad hoc*. V. Antoniewitch, op. cit. p. 172 sq.

3) Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 258.

4) C'est, chacun le sait, le cas pour les juges au T. F. par exemple.

sur les affaires qui concernent l'Etat et dont ses fonctions lui permettent de prendre connaissance. La violation de ce secret professionnel entraînera pour lui les conséquences les plus graves, parmi lesquelles il suffit de citer la révocation.

Le fonctionnaire doit aussi *obéissance* à l'Etat. C'est d'ailleurs le devoir de chaque citoyen de se soumettre à la volonté de l'Etat. Ce devoir est cependant plus impérieux et plus précis pour le fonctionnaire qui doit exécuter les ordres émanant de ses chefs. Le fonctionnaire se trouve vis-à-vis de ces derniers dans un rapport de subordination direct auquel échappe le citoyen ordinaire.

En plus de l'obéissance, il doit encore *fidélité* à l'Etat. C'est là un devoir d'ordre moral, mais ce n'en est pas moins un tout de même. Et il n'est pas superflu de le souligner à une époque où d'aucuns s'acharnent à vouloir le faire disparaître. C'est ainsi qu'on peut se poser la question de savoir si un fonctionnaire public a le droit — en dehors de la Russie, bien-entendu ! — d'appartenir au parti communiste.[1] Les opinions politiques des fonctionnaires ne concernent pas l'Etat, il est vrai, mais, lorsque les dites opinions correspondent à un programme qui a pour but principal, ou même unique, la destruction systématique et violente de l'Etat, il est non seulement logique, mais nécessaire de prohiber à un fonctionnaire l'affiliation à un tel mouvement. Car, cela va de soi, la qualité de fonctionnaire et celle de membre du parti communiste sont en opposition manifeste. Aspirer à l'une, c'est forcément renier l'autre. C'est pourquoi nous estimons que l'Etat doit avoir le droit de révoquer un fonctionnaire qui exerce une activité quelconque dans ce sens. Un tel fonctionnaire est funeste à la prospérité de l'Etat : il ne remplit pas vis-à-vis de celui-ci l'un de ses devoirs les plus importants : celui de la fidélité, qui l'oblige à veiller à la sécurité de l'Etat et à travailler pour le bien-être de la collectivité.

1) Ce cas a été soulevé lors de l'assemblée de la Société suisse des Juristes de 1929 à l'occasion de la discussion qui a suivi le rapport présenté par M. Im Hof, travail cité dans la bibliographie.

Parmi les nombreux devoirs des fonctionnaires, il en est encore un qui mérite de ne pas être passé sous silence : celui d'avoir en tout temps une *conduite* digne et exemplaire. Le fonctionnaire, ne l'oublions pas, remplit des charges d'une nature particulière : il représente l'Etat vis-à-vis des particuliers et agit en son nom dans ses relations avec les citoyens. S'il veut faire respecter l'Etat, il doit tout d'abord se faire respecter lui-même. Le peuple tout entier a ses regards dirigés sur lui et observe à chaque instant ses agissements : le fonctionnaire ne doit donc faire l'objet d'aucune critique. Sa conduite doit être irréprochable, non seulement pendant le temps où il exerce ses fonctions, mais aussi quand il s'en éloigne. Si, dans sa vie privée, il enfreint les règles de la morale, s'il commet des écarts de nature à entacher son honorabilité, le fonctionnaire perd son autorité et, de ce fait, annihile la confiance que les citoyens doivent avoir en lui et, partant, en l'Etat.

En outre, le fonctionnaire a l'obligation de *se renseigner* sur la portée de ses fonctions ; il ne peut ignorer les limites de son champ d'activité. Il doit savoir parfaitement tout ce que l'Etat exige et attend de lui, afin de pouvoir s'en acquitter avec conscience et scrupule.

D'autre part, s'il fait des *inventions* de quelque nature que ce soit pendant l'exercice de ses fonctions, il pourra être astreint à les signaler à l'autorité compétente. Ces découvertes, si c'est l'exercice même de ses fonctions qui lui a donné l'occasion de les faire, ne lui appartiendront pas toujours, nous l'avons déjà dit. Elles pourront être la propriété de l'Etat, comme c'est le cas pour nos fonctionnaires fédéraux.

Citons enfin une dernière obligation qui incombe au fonctionnaire et qui découle naturellement de son rapport de service : celle de *remplacer*, à certaines occasions, ses collègues absents ou empêchés, pour une raison ou pour une autre, d'accomplir personnellement leur travail. Le fonctionnaire, nous l'avons vu aussi, est soumis à l'autorité supérieure : celle-ci peut en tout temps modifier le rayon d'activité qui lui a été déterminé par elle et l'astreindre à exercer des fonctions similaires plus étendues ou plus restreintes.

Cette énumération des principaux droits et obligations du fonctionnaire public, quoique fort succinte, met toutefois en évidence l'étendue de l'objet du rapport juridique qui lie le fonctionnaire à l'Etat.

§ 3. Extinction du rapport juridique.

Nous avons établi que le rapport juridique trouvait sa formation soit dans la nomination, soit dans l'élection, opérations qui devaient être suivies de l'acceptation de l'intéressé pour déployer ses effets. Il convient de relever ici que le fonctionnaire n'est pas, d'une manière générale, nommé à vie. Il l'est, au contraire, pour une période déterminée au bout de laquelle il peut être nommé pour une nouvelle durée de temps, sans que ce fait constitue cependant un droit.[1] Ainsi, lorsque le fonctionnaire arrive au *terme de la période* pour laquelle il a été nommé et que l'autorité compétente estime ne pas devoir le choisir à nouveau pour exercer ces fonctions, le rapport juridique, qui l'unissait jusqu'alors à l'Etat, prend fin dès ce moment. A partir de l'instant où ce laps de temps est écoulé, les liens qui unissaient le fonctionnaire à l'Etat tombent. De même, s'il s'agit d'un fonctionnaire élu, le rapport juridique par lequel il est lié à l'Etat s'éteint avec la fin de son mandat, si ce dernier n'est pas renouvelé par les électeurs.

Le rapport juridique s'éteint également en cas de *suppression de la fonction* elle-même. Nous savons qu'il peut exister des fonctions dont la durée est limitée d'avance: il s'agit là de fonctions spéciales, créées dans un but spécial. Dès que ce but est

1) La plupart des fonctionnaires fédéraux, par exemple, sont nommés pour une période de trois ans. Il y a toutefois des charges de plus longue durée, telle que celle de professeur à l'Ecole polytechnique fédérale qui peut être attribuée à vie. (V. Fleiner, Bundesstaatsrecht, p. 235.. Nous savons d'autre part que, depuis la révision constitutionnelle de l'année dernière, nos députés aux chambres sont élus pour une période de quatre ans.

atteint, la fonction cesse *ipso facto* et le fonctionnaire est relevé de ses charges, à moins qu'il ne soit appelé à en remplir d'autres, ce qui ferait toutefois l'objet d'une nouvelle nomination.

A côté de ces causes d'extinction du rapport juridique, il s'en trouve deux autres principales : la démission et la révocation. La *démission* est le fait pour le fonctionnaire de renoncer volontairement à l'exercice de ses fonctions. Elle doit être présentée à l'autorité qui a nommé le fonctionnaire. Mais, pour qu'elle déploie ses effets, il faut que cette démission soit acceptée par l'autorité compétente, aussi bien que la nomination devait être acceptée par le fonctionnaire. Ce n'est qu'après cette formalité que le rapport juridique prendra fin ; le simple fait de donner sa démission ne délie pas encore le fonctionnaire de ses obligations vis-à-vis de l'Etat. L'acte déterminant l'extinction du rapport juridique, en cas de démission, n'est donc point cette dernière elle-même, mais l'acceptation de celle-ci par l'autorité. Il peut en effet se faire que la démission offerte soit refusée et que le fonctionnaire soit tenu d'exercer ses fonctions jusqu'à la fin de la période pour laquelle il a été nommé.

La *révocation* est l'acte par lequel l'Etat signifie au fonctionnaire que, pour certains motifs, il renonce à ses services. C'est sur ce point que s'appuient surtout les partisans de la théorie de l'acte unilatéral. Si, disent-ils, la situation juridique du fonctionnaire dépendait d'un contrat, il n'appartiendrait pas à l'une seule des deux parties de le dénoncer contre le gré de l'autre. La communication de la révocation à l'intéressé, avec l'indication du délai, constitue la fin du rapport juridique existant entre l'Etat et le fonctionnaire. La révocation doit toutefois se justifier, faute de quoi l'Etat peut être tenu à indemniser le fonctionnaire injustement révoqué. De telles contestations relèvent cependant toujours du droit public et non du droit privé, eu égard à la nature de droit public du rapport de service.[1]) La révocation peut avoir diverses

1) Cf. A. T. F., arrêt Muller c. Etat du Valais, R. O. Vol. 55, II, p. 208 sq.

causes : tout d'abord l'incapacité du fonctionnaire, laquelle peut se manifester au bout d'un certain temps seulement, soit après la période d'essai pendant laquelle l'intéressé semblait devoir donner satisfaction ; en outre, la conduite déshonorante du fonctionnaire, conduite ayant donné lieu par exemple à une condamnation pénale le privant de sa liberté ou de ses droits civiques ; puis, le fait que le fonctionnaire a atteint une certaine limite d'âge fixée par les lois et règlements ou que, ensuite de maladie ou d'accidents qui ont restreint ses capacités physiques ou intellectuelles ou qui l'ont rendu infirme, il n'est plus en mesure d'accomplir le travail qu'exige l'exercice de ses fonctions. Dans ces deux derniers cas, intervient, avec la révocation, la mise à la retraite du fonctionnaire. Nous avons vu la nature du droit que crée celle-ci. La révocation peut être souvent encore la conséquence de la perte de la nationalité par le fonctionnaire. Si en effet ce dernier renonce à être citoyen d'un Etat pour le compte duquel il a travaillé et qui lui a ainsi permis de gagner son pain, il n'y a plus de raison pour que cet Etat le conserve comme fonctionnaire, alors qu'il se trouve suffisamment de nationaux qui ne demandent pas mieux que d'être appelés à des fonctions publiques. D'ailleurs le fonctionnaire, s'il renonce à sa nationalité, cesse de ce fait de remplir une des conditions envisagées dans la plupart des cas comme essentielles, celle d'être citoyen de l'Etat auquel il a offert ses services.[1])

Une dernière cause d'extinction du rapport juridique, c'est le *décès* du fonctionnaire. Les fonctions publiques ne sont pas transmissibles et ne peuvent passer de père en fils, excepté naturellement le cas du souverain d'une monarchie. A la mort du fonctionnaire, le lien qui l'unissait à l'Etat est instantanément brisé. La place qu'il occupait devient vacante : seul le remplacement fera renaître un rapport juridique et encore faut-il ajouter que ces liens seront nouveaux.

1) Cette cause de révocation existe en France, par exemple. On sait que le citoyen suisse ne peut, d'une manière générale, perdre sa nationalité. Mais si un fonctionnaire fédéral acquiert un droit de cité étranger, il prouve par là qu'il se désintéresse des fonctions qu'il a exercées jusqu'alors, et sa destitution s'ensuivra logiquement.

On peut inversément concevoir la mort de l'Etat. En cas de révolution par exemple, les fonctionnaires sont destitués. Ils peuvent, il est vrai, être appelés par les dirigeants du nouvel Etat à exercer les fonctions qu'ils remplissaient auparavant ou à occuper d'autres charges, mais, ici encore, le rapport juridique sera créé à nouveau, les liens antérieurs ayant complètement disparu.

Il y a lieu enfin de se demander si la suspension du fonctionnaire cause, elle aussi, l'extinction du rapport juridique. Il arrive en effet que le fonctionnaire soit relevé temporairement de ses fonctions ; cette mesure, qui est prise par l'autorité compétente, est appliquée la plupart du temps comme peine disciplinaire, lorsque le fonctionnaire s'est rendu coupable d'une faute réprimée par les règlements administratifs. L'Etat peut aussi en user pour d'autres motifs, ainsi, par exemple, quand la fonction qu'a été appelé à remplir le fonctionnaire est supprimée à titre provisoire. Ensuite de ces circonstances, le fonctionnaire n'exerce donc plus son activité pendant un certain temps. Mais ce fait seul ne brise pas pour autant les liens qui l'unissent à l'Etat. La suspension n'est pas un acte définitif ; elle ne revêt qu'un caractère temporaire qui ne modifie pas le statut du fonctionnaire. Les obligations de ce dernier demeurent, comme d'ailleurs celles de l'Etat vis-à-vis de lui. En conséquence, on doit admettre que la suspension n'éteint pas le rapport juridique.

CHAPITRE III.

Notion de la responsabilité du fonctionnaire public.

Dès la formation du rapport juridique que nous venons d'examiner, et après avoir rempli les conditions qui sont subordonnées à cette formation, le fonctionnaire commence à exercer son activité pour le compte de l'Etat. Nous avons dit

qu'un fonctionnaire public, pas plus que toute autre personne, n'est infaillible. *Errare humanum est ;* le fonctionnaire n'est qu'un homme. Il peut donc commettre des erreurs et des fautes. Comme il agit au nom de l'Etat, ses écarts seront particulièrement dangereux ; il pourra de cette façon nuire à la collectivité dont il doit sauvegarder les intérêts, en d'autres termes porter préjudice à l'Etat lui-même ; ou bien il pourra léser directement les intérêts des particuliers avec lesquels il est constamment en relations. Il importe par conséquent de protéger à la fois Etat et citoyens contre un tel danger en réprimant les fautes, et de leur assurer d'autre part la réparation du dommage qui leur aura été causé. Pour obtenir une telle garantie, le législateur a recours la plupart du temps à un moyen dont nous apprécierons plus tard la sûreté et l'équité : il rend le fautif responsable de ses actes. C'est ainsi qu'il existe une triple responsabilité du fonctionnaire public : responsabilité disciplinaire, responsabilité pénale et responsabilité civile.

La responsabilité disciplinaire a son fondement dans le système hiérarchique des fonctions publiques. Elle dérive du rapport de subordination dans lequel se trouvent les fonctionnaires inférieurs vis-à-vis des fonctionnaires supérieurs. Ces derniers exercent un droit de surveillance sur les premiers. Si ceux-ci commettent une faute dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont punis. Cette répression des abus constitue précisément la responsabilité disciplinaire qui a ceci de particulier, que les faits qui la font encourir ne sont pas nécessairement déterminés et énumérés par la loi. Le supérieur juge chaque acte particulier et estime s'il y a lieu de sanctionner ou non. Les peines qu'il infligera ne sont d'ailleurs jamais privatives de liberté, mais portent sur l'exercice même de la fonction. Elles consistent dans l'avertissement, la réprimande, la retenue de salaire et, pour les cas les plus graves, la suspension ou la révocation. Dans certains Etats, cette dernière ne peut toutefois être prononcée que par les tribunaux.[1])

1) Cf. loi bernoise sur la révocation des fonctionnaires, du 20 février 1851.

La responsabilité pénale est beaucoup plus lourde et sert à réprimer les abus que la responsabilité disciplinaire est impuissante à prévenir. Les faits qui l'entraînent sont alors déterminés par la loi. Le fonctionnaire, qui est soumis à cette dernière et qui la viole, commet un délit ; il est déféré aux tribunaux qui peuvent prononcer une condamnation pénale, telle que l'amende, l'emprisonnement ou même la réclusion, condamnation à laquelle s'ajoutent, le plus souvent, les peines disciplinaires. Ce n'est toutefois que pour des cas très graves que la loi prévoit ce moyen si rigide et «la tendance du droit moderne est certainement de restreindre l'étendue de la répression pénale en ce qui concerne les fautes des fonctionnaires.»[1])

Les deux genres de responsabilité que nous venons d'exposer et sur lesquels nous n'insisterons pas, puisqu'ils ne rentrent pas dans le cadre de notre sujet, — ils sont d'ailleurs clairs et ne peuvent faire l'objet d'ardentes discussions — ces genres de responsabilité, disons-nous, concourent tous deux à la répression de la faute commise par le fonctionnaire. Le dommage subsiste néanmoins ; il s'agit donc de réparer encore le préjudice causé indûment aux particuliers ou à l'Etat. C'est là le but de la *responsabilité civile*. Le fonctionnaire doit être tenu à réparation, mais dans quelle mesure ? A quelles conditions est soumise sa responsabilité civile ? Et, une fois cette dernière établie, dans quelles proportions devra s'étendre la réparation ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

§ 1. Conditions de la responsabilité.

Pour que la responsabilité du fonctionnaire puisse être établie, il faut que diverses conditions soient remplies. Ces dernières varient suivant que l'on se place au point de vue objectif ou au point de vue subjectif.

A. **Par rapport à son objet,** la responsabilité ne peut être encourue par le fonctionnaire que lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1) Duguit, L'Etat, les gouvernants et les agents, p. 635.

a) *Dommage.* Il faut en première ligne qu'un dommage ait été causé par le fait du fonctionnaire. Ce dommage pourra être matériel, c'est-à-dire qu'il consistera dans une diminution de fortune, soit dans la dépréciation du patrimoine de la personne lésée ou dans le fait de réduire les ressources de celle-ci ou encore d'empêcher la possibilité de réaliser un gain.[1]) «Mais à côté et en dehors de ce patrimoine, il y a le patrimoine moral qui, lui, est l'ensemble de tous les biens immatériels, de tous les biens qui échappent à une estimation pécuniaire, comme l'honneur, l'amour, l'affection, la santé, etc. Ce dernier varie à l'infini suivant les époques, suivant les pays et suivant les individus ; mais chaque homme, si pauvre et si misérable soit-il, le possède à un degré plus ou moins étendu, dès sa naissance.»[2]) Le préjudice causé par le fonctionnaire pourra donc consister également en un tort moral.

b) *Acte.* Le dommage causé par le fonctionnaire doit être la conséquence d'un acte de celui-ci. Or cet acte peut être soit positif, soit négatif, c'est-à-dire qu'il consistera tantôt dans l'accomplissement, tantôt dans l'omission d'un fait.

Quant à l'acte positif déterminant le préjudice tant matériel que moral, le fonctionnaire peut le commettre de deux manières : avec intention ou indépendamment de sa volonté de nuire. Si l'élément intentionnel est établi, autrement dit s'il y a dol, la responsabilité pénale s'ajoutera presque toujours à la responsabilité civile, du fait que cet acte prendra alors un caractère délictueux. Mais l'acte dommageable ne pourra être aussi que la conséquence d'une imprudence de la part du fonctionnaire dans le cas où ce dernier aurait pu ou dû prévoir les suites préjudiciables que pouvait entraîner son activité et qu'il ne l'a pas fait. Quelquefois encore, il résultera d'une erreur concernant le genre de travail qu'il fallait accomplir *(error in re)* ou bien la personne intéressée à l'accomplissement de ce travail *(error in persona).*

1) Voir Rossel, Manuel du Droit fédéral des Obligations, t. I, p. 84.
2) Martin-Achard A., De la réparation pécuniaire du tort moral, thèse Genève 1908, p. 5.

Le fonctionnaire n'est cependant pas obligé de commettre un acte pour encourir la responsabilité civile ; il peut être cause d'un dommage en s'abstenant d'accomplir certaines actions qu'il était tenu de faire. C'est le cas de l'omission. Cette dernière peut être volontaire et constituer ainsi un dol, aussi bien que l'acte intentionnel ; mais elle peut aussi être due à la négligence. Il arrive quelquefois qu'un fonctionnaire astreint à déployer une certaine activité à un moment donné, laisse passer par inadvertance le délai qui lui était imposé pour l'exercer. Le fait de s'être abstenu en temps voulu peut causer, suivant les cas, un dommage qu'il sera tenu de réparer. Il en sera de même si cette omission est le fruit de l'ignorance, car nous savons que c'est un devoir pour un fonctionnaire de connaître exactement les obligations que comportent ses fonctions.

Toutefois, il y a lieu de faire exception à ce principe en cas de remplacement ; le fonctionnaire qui est appelé à occuper, par exemple, le poste d'un collègue absent ou empêché — nous avons vu aussi que cela constituait également une obligation pour lui — n'aura peut-être pas toujours été mis très exactement au courant des différents devoirs inhérents à la charge à laquelle il n'est pas accoutumé et qu'il ne peut, de ce fait, connaître de façon satisfaisante ; il est donc juste de le dégager des conséquences que peut entraîner son inexpérience et de les faire supporter, cas échéant, par l'agent qui a négligé de l'instruire mieux. Cette exception trouve d'ailleurs sa justification non seulement dans le cas où ce fonctionnaire remplaçant omet d'accomplir un acte, mais aussi dans celui où, ensuite d'une erreur qui ne peut lui être imputée en raison de sa situation exceptionnelle, il en commet un qui est dommageable.

En ce qui concerne l'omission, il convient de faire ressortir qu'elle peut avoir des conséquences particulièrement graves pour le fonctionnaire, étant donné le caractère officiel des actes qu'il est appelé à accomplir. C'est ainsi que, s'il s'abstient d'agir dans certains cas, le fonctionnaire pourra être appelé à répondre de son omission, tandis qu'un particulier ne pourrait être inquiété pour le même fait. On sait que, en droit suisse

tout au moins, il n'existe pas, en dehors des liens de droit contractuels, une obligation d'agir dans l'intérêt du prochain pour lui épargner un dommage ; ainsi une simple omission, même lorsqu'elle est la source d'un préjudice advenu à un tiers, n'expose pas à une action en dommages-intérêts, à moins que cette omission ne se produise au cours d'actes qui, une fois entrepris, ne permettraient plus de s'en désintéresser *ad libitum* sans qu'il en résultât du dommage pour autrui.»[1])

Or, ce principe, s'il est valable pour tout individu, ne saurait s'appliquer au fonctionnaire, dont le statut est, nous l'avons dit, exceptionnel. Parmi les devoirs qui lui incombent, il en est un qui l'oblige précisément à «agir dans l'intérêt du prochain», à travailler pour le bien de la collectivité. Si donc il omet d'accomplir un acte de sa fonction et que cette omission cause un préjudice, il en sera responsable, lors même qu'il ne pouvait prévoir la conséquence dommageable de cette omission.

De même le principe *volenti non fit injuria* qui s'avère exact en d'autres circonstances, n'est pas applicable au fonctionnaire, puisque ce dernier ne doit avoir en vue que le bien-être de la société. La volonté d'un membre de celle-ci ne peut, en aucun cas, faire disparaître cette obligation qui est primordiale.

c) *Caractère illicite.* D'une manière générale on peut dire que, à l'égal de tout acte dommageable commis par un particulier, celui du fonctionnaire doit revêtir un caractère d'illicéité. L'acte accompli par le fonctionnaire et ayant pour conséquence un tort matériel ou moral doit donc, en principe, être contraire aux droits que l'ordre juridique assure aux individus. C'est là une condition de la responsabilité du fonctionnaire que posent la plupart des législations.

Parmi ces dernières, il s'en trouve toutefois qui se montrent plus sévères et qui rendent le fonctionnaire responsable de tout acte. Or un fonctionnaire peut commettre un acte qui n'a rien d'illicite en soi et qui entraîne néanmoins des conséquences dommageables. A teneur de ces lois, il sera tenu à

1) Rossel, eod. loc., p. 83. — Cf. A. T. F. Vol. 24, II, p. 212 ; 31, II, p. 628 ; 34, II, p. 636 ; 35, II, p. 440 ; 36, II, p. 21 ; 45, II, p. 647 sq. etc.

réparation quand bien même cet acte ne renfermait rien de contraire au droit. Mais il importe de faire remarquer mieux la portée de tels textes légaux. Un acte peut fort bien ne revêtir aucun caractère d'illicéité s'il est commis par un particulier, alors que ce ne sera pas le cas si son auteur se trouve être un fonctionnaire public. Celui-ci, de par sa situation juridique spéciale, a des obligations qui lui sont propres. En les enfreignant, il peut donc commettre un acte qui sera illicite du fait que c'est lui qui en est l'auteur, tandis que le même acte ne le serait aucunement s'il était accompli par un individu quelconque. C'est précisément ce à quoi tendent les législations auxquelles nous venons de faire allusion et c'est pourquoi aussi la condition suivante est encore indispensable pour que soit établie la responsabilité du fonctionnaire.

d) *Faute.* Dans tous les cas, l'acte dommageable doit constituer une faute. Il faut que le fonctionnaire, en le commettant, se soit rendu coupable d'un manquement aux devoirs de sa charge. Cette faute peut être intentionnelle, lorsque le fonctionnaire a accompli volontairement un acte que lui interdisaient ses fonctions ; elle peut aussi consister dans une simple négligence, si, ensuite d'une légèreté coupable, il s'est abstenu d'agir en temps voulu ou qu'il n'a pas voué à son activité tout le soin et la diligence que lui dictaient les circonstances.

Comme bien on le pense, la faute du fonctionnaire ne revêtira pas dans tous les cas le même caractère de gravité. Les circonstances qui l'accompagnent et la déterminent peuvent varier à l'infini. Ce sera donc tantôt une faute lourde, tantôt une faute légère.

La faute lourde *(culpa lata)* consiste dans le fait de causer un dommage en agissant avec une légèreté telle que chacun aurait pu et même dû prévoir aisément les conséquences de cet acte. «Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn man nicht einmal die gewöhnliche, jedermann naheliegende Vorsicht anwendet.»[1]) Le fonctionnaire s'en rend donc coupable lorsqu'il manque manifestement d'attention ou de vigilance dans l'ac-

1) Geser, op. cit. p. 66.

complissement d'une tâche dont il était tenu de veiller à la bonne exécution.

La faute légère *(culpa levis)* est le résultat d'une simple inadvertance ou d'une imprévoyance ; le fonctionnaire la commet lorsque, tout en accomplissant son travail avec conscience, il laisse, dans un moment d'inattention, ou ensuite d'un manque de connaissance approfondie, se glisser une erreur qui en traîne des suites préjudiciables. L'auteur d'une telle faute ne se rend donc coupable que d'un acte peu grave en somme. Mais il commet une faute tout de même et, si cette faute entraîne un dommage quelconque, il y a lieu de le réparer. Toutefois, il semble assez sévère d'exiger cette réparation de la part du fonctionnaire et de tenir celui-ci pour responsable de toute faute, même très légère *(levissima culpa)*.

C'est pourquoi bien des législations spéciales déchargent le fonctionnaire de la responsabilité découlant de sa faute légère et en font supporter les conséquences à l'Etat directement, afin d'éviter que le fonctionnaire ne travaille dans la crainte continue de se tromper ou de mal faire, ce qui paralyserait sans doute considérablement ses facultés. Elles ne le tiennent pour responsable que s'il a commis un dol ou une faute lourde. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ce sujet dans notre partie spéciale.

e) *Rapport de causalité*. Pour que la responsabilité du fonctionnaire soit encourue, il faut en outre qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'acte dommageable d'une part et le dommage lui-même, d'autre part. Cette condition n'est du reste pas propre à la responsabilité du fonctionnaire ; elle est nécessaire pour donner naissance à une obligation découlant de tout acte illicite. La faute du fonctionnaire doit provoquer le dommage.

Néanmoins, la jurisprudence fédérale a admis que cet acte illicite ne devait pas nécessairement être le seul déterminant : il peut concourir avec d'autres actes de même nature. D'autre part, la cause ne doit pas forcément non plus être directe.[1])

1) V. A. T. F. Vol. 42, II, p. 660 ; 43, II, p. 325 ; 46, II, p. 485.

Ce qui est nécessaire, pour que le fonctionnaire encoure sa responsabilité spéciale, c'est que son acte ait été de nature à causer un dommage quelconque. La question de savoir si ce rapport de causalité existe ou non sera donc uniquement une question de fait.

B. **Par rapport à son sujet,** la responsabilité doit réunir les conditions essentielles suivantes pour exister :

a) *L'auteur.* Il faut en premier lieu que l'auteur du dommage soit le fonctionnaire ; cela est évident. Il est indispensable que le préjudice qui a été causé l'ait été par le fonctionnaire lui-même, c'est-à-dire directement par lui et non indirectement par le fait d'un tiers. Dans le cas où un particulier commettrait un acte illicite sur les indications ou à la demande d'un fonctionnaire public, ce dernier n'aurait pas à en répondre, du moins comme tel.

Il en est toutefois autrement si le fonctionnaire a chargé un autre fonctionnaire, subalterne ou employé public, d'accomplir un acte entraînant des conséquences dommageables ; seule alors la responsabilité spéciale entre en jeu, et cela pourra se produire de deux manières différentes, suivant les circonstances : ou bien c'est le fonctionnaire supérieur qui sera reconnu coupable, parce qu'il a commis une faute en donnant son ordre, ou bien c'est l'inférieur qui sera déclaré responsable en raison du fait qu'il n'a pas contrôlé l'ordre reçu ou qu'il l'a interprété d'une façon erronée.

b) *Exercice des fonctions.* Il faut ensuite que le fonctionnaire commette l'acte dommageable en exerçant ses fonctions. Cet acte doit donc non seulement être accompli directement par le fonctionnaire, mais il doit l'être par le fonctionnaire en charge. En d'autres termes, le préjudice doit être causé par un acte qui est en rapport avec la fonction ou qui relève d'elle. «Grundlage der Haftung des Beamten ist aber immer die Eigenschaft des Schädigenden als eines Beamten und der Handlung desselben als einer Amtshandlung.»[1])

1) Geser, op. cit. p. 38.

Il peut en effet très bien se faire qu'un fonctionnaire se rende coupable d'actes illicites qui sont complètement étrangers à son activité professionnelle : ainsi, par exemple, si, en quittant son bureau à la fin d'une journée, il renverse une personne avec sa motocyclette qu'il a conduite à une allure exagérée, il n'encourt pas la responsabilité spéciale des fonctionnaires publics, mais est soumis aux dispositions ordinaires du droit commun. Pareillement, s'il insulte ou diffame un tiers à l'occasion d'une discussion à laquelle il a pris part pendant ses vacances, l'action en réparation du tort moral ne pourra être basée sur les dispositions légales réglant la responsabilité des fonctionnaires, tandis que ce devrait être le cas si le coupable avait accompli cet acte illicite en exerçant ses fonctions.

On a souvent voulu faire une distinction en jurisprudence selon que le fonctionnaire a commis une faute en accomplissant un acte dont l'exécution rentrait dans sa compétence ou qu'il l'a commise en agissant là où il n'avait pas qualité pour agir. Mais il nous semble qu'il n'y a pas lieu de faire une telle différence, car il importe peu que le fonctionnaire se rende coupable d'une faute en exécutant mal ce qu'il avait le droit et le devoir de faire ou en se livrant à une activité qui ne lui incombait pas. L'essentiel est qu'il ait agi en qualité de fonctionnaire et que la faute ait été commise pendant qu'il exerçait ses fonctions. Dans l'un et l'autre cas donc, c'est, à notre avis, la législation spéciale sur la responsabilité des fonctionnaires qui est seule applicable.[1])

Telles sont les multiples conditions que doit réunir la responsabilité du fonctionnaire pour être encourue. Tant qu'elles ne sont pas remplies toutes, il ne peut s'agir d'obliger le fonctionnaire à réparer le tort qu'il a commis.

§ 2. *Réparation.*

L'acte dommageable commis par le fonctionnaire peut porter préjudice soit à des particuliers, soit à l'Etat lui-même.

[1]) Voir dans ce sens un arrêt déjà ancien (8 mai 1882) de la Cour d'appel du Canton de Zurich : Etat de Zurich c. Leu et Cie S. A.

Dans l'un et l'autre cas, le dommage ainsi causé devra être réparé. Mais doit-il l'être toujours par le fonctionnaire et faut-il que celui-ci répare entièrement dans tous les cas ? Ici encore, cette question est résolue différemment selon les législations.

Il faut tout d'abord observer que, aux termes d'un certain nombre d'entre ces dernières, le fonctionnaire n'est responsable que vis-à-vis des tiers et ne l'est pas pour le dommage qu'il cause à l'Etat. Dans d'autres nations il sera tenu à réparation dans les deux cas. C'est là une première distinction.

Ensuite, il convient de rappeler le principe brièvement énoncé au début de cet ouvrage : le fonctionnaire n'est pas toujours seul responsable de ses actes illicites ; l'Etat peut être appelé à répondre pour lui. Suivant donc que la loi fixera la responsabilité de l'un ou celle de l'autre, la manière de réparer le dommage variera.

a) *Modes.* C'est ainsi que nous avons les possibilités suivantes : En premier lieu, le fonctionnaire sera seul responsable du dommage causé et ce, en toutes circonstances, l'Etat ne devant en aucun cas être tenu du fait de son fonctionnaire. Si telles sont les dispositions de la loi, c'est donc à ce dernier et à ce dernier seul que la réparation incombera.

Il est aussi des législations qui prévoient la responsabilité primaire du fonctionnaire et la responsabilité subsidiaire de l'Etat. Dans ce cas, c'est l'Etat qui est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnaire pour autant que celui-ci n'aura pas été en mesure de le faire entièrement lui-même, puisqu'il est tenu en première ligne : l'Etat est donc en quelque sorte garant de la réparation qui incombe au fonctionnaire.

Une troisième modalité consiste dans le système inverse : l'Etat répond du fait de son fonctionnaire, mais il a un recours contre lui, lorsque celui-ci est en défaut. Ainsi donc le lésé actionnera directement l'Etat en réparation du préjudice causé : après avoir donné satisfaction à l'intéressé, l'Etat pourra, de son côté, exercer une action récursoire contre son fonctionnaire qui, s'il est reconnu coupable, devra désintéresser l'Etat à son tour.

La dernière méthode enfin est celle qui proclame l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire ou, du moins, son irresponsabilité dans certains cas déterminés. D'après elle, le fonctionnaire est tantôt un être inviolable que nul ne doit pouvoir poursuivre, si ce n'est peut-être l'Etat lui-même ; tantôt aussi il ne le sera que lorsqu'il exerce telle ou telle activité et qu'il commet une erreur résultant de cette activité déterminée. Dans ce cas, le fonctionnaire ne peut être tenu de réparer le tort commis. Cette obligation incombe à l'Etat seul, qui devra supporter les conséquences des actes dommageables de ses agents. «C'est la doctrine des pays à tendances autoritaires, centralisatrices, autocrates. Les fonctionnaires sont revêtus d'un caractère sacro-saint : nul ne peut les poursuivre. Leurs actes sont réputés actes de l'Etat lui-même, c'est lui qu'il faudra poursuivre.»[1])

Signalons encore que certaines législations, se basant sur l'organisation hiérarchique de l'Etat, déchargent de toute responsabilité le fonctionnaire subalterne qui n'aura fait que se conformer à un ordre de son supérieur ; c'est ce dernier qui devra réparer intégralement le dommage survenu ensuite de l'exécution de son ordre.

b) *Ayants-droit.* Toute personne qui a été lésée dans ses intérêts par l'acte d'un fonctionnaire a droit à la réparation du préjudice qu'elle a subi de ce fait. Cette personne peut donc être un simple particulier ou, souvent aussi, l'Etat lui-même.[2])

Le particulier peut être, à son tour, soit un tiers quelconque, donc une personne physique, soit aussi une personne morale. L'action en réparation appartient non seulement à la personne même, mais également à ses héritiers ou à ses ayants-droit propres.

Si le fait du fonctionnaire a fait subir un dommage à la collectivité tout entière, l'action appartient à l'Etat qui l'exerce par l'intermédiaire de ses organes.

1) de Nesmes-Desmarets, op. cit. p. 18.
2) Sauf, évidemment, dans les Etats où la loi ne reconnaît le fonctionnaire responsable qu'envers les particuliers.

c) *Etendue.* Que la réparation incombe au fonctionnaire ou qu'elle constitue un devoir de l'Etat, elle devra porter sur la totalité du dommage causé. Or, ce dernier, nous le savons, peut être soit matériel, soit moral.

Dans la première éventualité, la réparation comportera donc la restitution intégrale de la valeur perdue par le fait de l'acte dommageable. Le patrimoine ainsi diminué par cet acte devra être entièrement reconstitué. De plus, si cette dévalorisation elle-même a entraîné d'autres conséquences matérielles, celles-ci devront être justement compensées par le responsable. Ainsi, par exemple, lorsque le fonctionnaire, ensuite d'une négligence grave, de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un ordre, aura provoqué la destruction d'un bien meuble ou immeuble, il sera tenu, non seulement de le faire remplacer ou reconstruire à ses frais, mais encore d'indemniser le tiers propriétaire pour la perte qu'il a subie pendant le temps où il n'a pu se servir de la chose détériorée. Autre exemple : le conducteur d'un véhicule appartenant à l'Etat renverse et blesse, par suite d'une inattention coupable, un particulier ; il devra désintéresser ce dernier des frais qu'auront exigés les soins médicaux, lui verser une indemnité pour l'incapacité de travail résultant de l'accident et en outre une rente d'invalidité, ainsi que, bien souvent aussi, un certain montant en compensation de la douleur subie, ce que les juristes allemands nomment «Schmerzensgeld». Ces deux cas présupposent, bien-entendu, la responsabilité directe du fonctionnaire.

Pareillement, si l'acte a causé un tort moral, le fonctionnaire responsable est tenu à réparation. Il sera alloué une indemnité satisfactoire au tiers qui a subi le préjudice. L'évaluation de l'indemnité et l'appréciation de la responsabilité appartiennent au juge qui prononce à l'appui de la législation spéciale sur la responsabilité des fonctionnaires publics. Pour fixer l'étendue de la réparation, il se basera ordinairement sur la gravité de la faute commise en tenant compte des circonstances qui ont accompagné l'acte dommageable.

d) *L'action en réparation.* En règle générale, l'action sera portée devant les tribunaux ordinaires. Toutefois il est des pays qui ont institué des instances spéciales pour connaître des différends qui s'élèvent ensuite des actes de leurs fonctionnaires. C'est le cas de l'Italie, par exemple.

De même, la procédure applicable sera presque toujours la procédure ordinaire. Mais il pourra se faire, dans bien des cas, que l'action soit subordonnée à certaines conditions destinées à éviter des poursuites abusives : c'est ainsi que souvent les hauts fonctionnaires d'un Etat ne peuvent être poursuivis sans une autorisation préalable de l'autorité compétente.

Se basant sur le même principe, certaines législations ont même prévu, pour réprimer tout procès téméraire, une amende à prononcer contre le demandeur qui aura intenté une *actio periculosa*, c'est-à-dire lorsque ses prétentions seront reconnues non fondées.

CHAPITRE IV.

La responsabilité des fonctionnaires publics en droit comparé.

L'origine de la responsabilité fonctionnelle remonte très haut dans l'histoire du droit. Sa notion a pour point de départ l'époque même du développement du droit. Elle est née de la lutte entre l'Etat et l'individu. Celui-ci voyant peu à peu sa personnalité s'affirmer, a cherché toujours plus à s'affranchir de la toute-puissance étatique et à se procurer des garanties contre l'ingérence exagérée de l'Etat dans sa vie privée.[1])

En droit romain, le fonctionnaire était personnellement responsable de ses actes illicites. L'Etat ne répondait en aucun cas

1) V. Schütz, op. cit. p. 6.

pour lui : les rapports juridiques entre l'Etat et le particulier étaient considérés comme des rapports de droit privé.[1]) D'ailleurs l'Etat ne pouvait être déclaré responsable pour le motif que l'exercice des droits civils ne lui était pas reconnu. Seule, en droit romain, la personne physique le possède, la personne morale n'ayant pas d'existence propre. L'Etat est ainsi incapable de commettre un délit :[2]) il ne saurait, par conséquent, en répondre. C'est donc au fonctionnaire lui-même à réparer le dommage qu'il cause.

Indépendamment des dispositions pénales contenues dans les XII Tables et prévoyant jusqu'à la peine de mort pour le juge corruptible,[3]) il existe une action civile dirigée contre le juge également : c'est *l'actio contra judicem qui litem suam facit;* le juge qui a rendu sciemment un jugement inéquitable envers une partie est civilement responsable vis-à-vis de cette dernière.[4]) C'est la seule action qu'on connaisse jusqu'à l'époque classique ; mais il y a tout lieu d'admettre que les autres magistrats pouvaient être poursuivis par la voie ordinaire. Les magistrats revêtus de l'*imperium* ne pouvaient toutefois pas être actionnés parce qu'il n'existait pas d'instance judiciaire devant laquelle on eût pu les traduire.[5])

Rome connaissait en outre le système préventif destiné à réprimer les poursuites abusives contre les fonctionnaires ; l'*actio periculosa* dont nous avons parlé y entraînait des conséquences très sévères : «outre la lettre K *(Kalumniator)* imprimée au fer rouge sur le front du plaideur téméraire, celui-ci était condamné à payer au fonctionnaire qu'il avait attaqué la même somme qu'il avait demandée contre lui.»[6])

1) Mommsen, Römisches Staatsrecht, t. I, p. 673.
2) Ulpien exprime ainsi cette incapacité : «*sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur, et puto ex suo quidem dolo non posse dare : quid enim municipes dolo facere possunt ?*» 1. 15 § 1, Dig. 4, 3.
3) Geser, op. cit. p. 83.
4) *Si judex litem suam facit quasi ex maleficio tenetur in factum actione.* 1. 6 Dig. 50, 13.
5) Cf. Usteri, op. cit. p. 63.
6) de Nesmes-Desmarets, op. cit. p. 86—87.

En droit germanique, le principe de la responsabilité est diamétralement opposé à celui du droit romain. Le fonctionnaire n'est jamais responsable de ses actes ; c'est l'Etat ou plutôt la communauté (Körperschaft. Gemeinschaft) qui répond pour ses organes. Ceci est dû au fait que les actes individuels sont absorbés par la puissance de l'Etat. La conception germanique lie étroitement le particulier à la communauté ; ce lien est tel que la personnalité des individus n'existe que dans la communauté et que par elle. Leurs actes sont considérés comme les actes mêmes de l'Etat. «Jeder Genosse erscheint ursprünglich als Organ seiner Genossenschaft, und sein Handeln gilt als das Handeln der Genossenschaft.»[1]) Ce n'est que plus tard que l'on admit l'acte de la corporation ; celle-ci pouvait agir comme telle par l'intermédiaire de ses organes, mais continuait à répondre même des actes illicites de ceux-ci.

La révolution française, en apportant l'élargissement et la protection des droits individuels, modifia les notions juridiques qu'on avait toujours eues de l'Etat. Rousseau et Montesquieu explorèrent un nouveau domaine, inconnu jusqu'alors : celui du droit public et administratif. Les principes qu'ils posèrent ont donné une orientation nouvelle à la science du droit : c'est ainsi qu'on se fit une autre idée de ce qu'était la fonction publique. Les rapports entre les fonctionnaires et l'Etat étaient considérés auparavant comme des rapports de droit privé : on en assimilait la notion à celle du mandat ou de la représentation. Maintenant, ces rapports furent placés sur le terrain du droit public, sans qu'on pût toutefois les définir de façon précise, et tout en se basant par analogie sur le droit privé. Les auteurs du début du XIXme siècle rendent l'Etat responsable des actes de ses fonctionnaires ; ils voient dans leurs relations une sorte de rapport de représentation et à la fois de subordination. L'Etat oblige ses citoyens à entrer en relations avec ses fonctionnaires qu'il a investis de son autorité. C'est donc à l'Etat, disent-ils, de répondre des actes de ses fonctionnaires.[2])

Nous connaissons, d'autre part, les théories modernes.

1) Schütz, op. cit. p. 8.
2) V. Schütz, eod. loc. p. 8—11.

§ 1. Dans les principaux Etats étrangers.

En France, le système de la responsabilité des fonctionnaires est basé sur le genre de faute que ceux-ci ont commise. Le fonctionnaire peut se rendre coupable de deux sortes de fautes : la faute de service ou «faute de fonction» et la «faute personnelle». S'il commet une *faute de service*, le fonctionnaire n'est pas responsable, et, dans ce cas, c'est l'Etat qui répond pour lui. Si, au contraire, la cause du dommage est une *faute personnelle* du fonctionnaire, ce dernier en est responsable et il est tenu personnellement à réparation. En conséquence, lorsqu'un fonctionnaire a commis une faute de service, le tiers lésé ne peut l'attaquer en justice : il doit actionner directement l'Etat, tandis qu'il pourra poursuivre le fonctionnaire lui-même, si celui-ci est l'auteur d'une faute personnelle.

Il y aura faute de service lorsque le fonctionnaire l'a commise en agissant «dans le but d'accomplir son service, de gérer les intérêts publics qui lui sont confiés».[1]) La faute de service doit être la conséquence directe de l'exercice des fonctions. «Il y a faute de service quand la faute n'est pas détachable de la fonction.»[2]) Inversément, le fonctionnaire commet une faute personnelle lorsque son acte dommageable est détachable de la fonction, c'est-à-dire lorsque son acte ne relève pas de son activité fonctionnelle, mais qu'il est le fait de sa volonté propre.

«Il y a faute personnelle dès que l'acte reproché ne peut pas être confondu avec l'accomplissement même irrégulier d'un acte de la fonction. Le fonctionnaire commet une faute de service quand il croit accomplir sa fonction en commettant sa faute ; il commet une faute personnelle quand il se sert de sa fonction pour accomplir sa faute.»[3])

Un exemple fera mieux ressortir cette différence : Un agent de police, au cours d'une échauffourée politique à laquelle il a dû intervenir sur l'ordre de l'autorité, afin de rétablir l'ordre, frappe et blesse un passant qui se trouve par hasard sur les

1) Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 648.
2) Bonnard R., Précis de droit public, p. 267.
3) Berthélemy, Traité de droit administratif, p. 63.

lieux de la bagarre ; il commet une faute de service dont il n'est pas responsable ; l'Etat en répond pour lui. Mais si le même agent rencontre, lors d'une ronde de service, une personne à laquelle il voue une haine personnelle, et que, après une violente discussion, il en vient aux mains et porte un coup à cette personne, il commet une faute personnelle dont il est tenu de réparer les conséquences.

C'est donc *l'intention* qui, en droit français, est déterminante pour établir la responsabilité. Peu importe le genre d'acte que commet le fonctionnaire ; le criterium de la responsabilité réside dans le but qu'il vise au moment où il l'accomplit. «Ce qui caractérise la faute de fonction par rapport à la faute personnelle, ce n'est pas la gravité de la faute, c'est le but que poursuit le fonctionnaire en agissant.»[1])

En Allemagne, c'est un système tout différent. D'une manière générale, *l'Etat répond* de tout dommage causé à des tiers par ses fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. Il possède toutefois une *action récursoire* contre le fonctionnaire auteur de l'acte dommageable. Celui-ci est donc responsable en seconde ligne, mais il ne l'est que vis-à-vis de l'Etat qui a réparé pour lui. «Ainsi, en matière de responsabilité, les particuliers n'ont jamais affaire directement aux fonctionnaires dont ils ont utilisé l'activité : ils ont toujours en face d'eux l'Etat, l'administration étatique. Le fonctionnaire allemand n'est plus, vis-à-vis des administrés, une personne humaine : il ne garde plus son individualité ; il est un rouage de l'administration.»[2])

Ce principe général de la responsabilité primaire de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires est consacré par l'article 131 de la constitution allemande du 11 août 1919.[3]) Mais le

1) Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 640.
2) Mottier, op. cit. p. 95.
3) Cet article est ainsi conçu : «Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.»

même article prévoit que la loi spéciale règle en détails cette responsabilité. Or la loi, à première vue, semble précisément admettre la règle contraire ; c'est ainsi que le § 839 du code civil de 1896 (qui, d'après l'article 178, al. 2 de la constitution, reste en vigueur, de même que les autres lois et ordonnances qui ne sont pas contraires à la dite constitution) rend directement responsable le fonctionnaire qui a lésé un particulier en violant intentionnellement ou par négligence les devoirs de sa fonction.[1]) Mais, si l'on examine de plus près le texte du B.G.B., on constate qu'il ne vise que les fonctionnaires qui agissent au nom de l'Etat-Fisc et encore dans certains cas seulement.

Il importe, à ce propos, de relever que l'Etat-Fisc est assimilé, en droit allemand, à une personne morale de droit privé. Le § 89, al. 1 B.G.B., le prévoit formellement[2]) et renvoie le Fisc aux dispositions du § 31 réglant la responsabilité de l'association. Aux termes de ce § 31 «l'association est responsable du dommage que la direction, un membre de la direction ou toute autre personne chargée de représenter l'association en vertu d'une disposition statutaire, aura pu causer à un tiers par un acte accompli dans l'exécution même des fonctions qui lui sont imparties et qui, par lui-même, soit de nature à entraîner obli-

1) § 839 B. G. B. : «Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.»

2) § 89, al. 1, B. G. B. : «Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung.

gation à réparation.[1]) Par conséquent, l'Etat-Fisc sera tout de même responsable du fait dommageable de ses fonctionnaires, mais à condition toutefois que ceux-ci soient réellement ses «représentants statutaires». S'ils ne sont pas reconnus comme tels, — et ceci est laissé à l'appréciation du juge — ils seront personnellement responsables ; c'est dans ce cas seul qu'interviendra l'application du § 839 qui ne constitue donc qu'une exception.[2])

Quant au fonctionnaire qui agit au nom de l'Etat-puissance publique, il n'est jamais responsable, du moins en première ligne. L'Etat répond pour lui. Ce principe est posé à l'article 1 de la loi du 22 mai 1910 sur la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires,[3]) loi qui constitue précisément une dérogation formelle au § 839 B.G.B. et qui prouve que le législateur a voulu faire une différence entre le fonctionnaire agissant au nom de l'Etat-puissance publique et l'Etat-Fisc.

En résumé, et sauf l'exception que l'on vient de voir, on peut donc dire que le droit allemand rend l'Etat directement responsable des actes de ses fonctionnaires : ceux-ci peuvent être tenus subsidiairement à réparation par le fait que l'Etat a la faculté de se retourner contre eux et d'exiger le remboursement de l'indemnité qu'il a dû payer aux tiers lésés.

En Angleterre. Reposant sur l'idée d'égalité des citoyens devant la loi, la législation anglaise rend tous ses *fonctionnaires responsables* de leurs actes illégaux au même titre que les simples particuliers. «Chez nous, tout fonctionnaire public, depuis le premier ministre jusqu'au constable ou au receveur d'impôts.

1) Traduction Saleilles, Revue du droit public 1901. § 31 B. G. B. : «Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.»

2) V. Mottier, op. cit. p. 33 et suiv.

3) Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten, § 1, Abs. 1 : «Verletzt ein Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich.»

est soumis à la même responsabilité que tout autre citoyen, à raison des actes accomplis par lui et non justifiés par la loi.»[1]) Le tiers lésé poursuit directement le fonctionnaire qui est tenu à réparation aussi bien lorsqu'il a commis officiellement un acte dommageable que s'il a causé un tort en dehors de l'exercice de ses fonctions ; et la jurisprudence constante de l'Angleterre condamne personnellement à des dommages-intérêts le fonctionnaire en défaut.

En aucun cas l'Etat anglais ne peut être appelé à répondre pour le fait de ses agents. Les cantons ou les communes peuvent, il est vrai, être responsables dans certains cas, mais l'Etat lui-même jamais. C'est *l'immunité absolue de la Couronne* qui échappe aux dispositions de droit commun réglant la responsabilité des corporations publiques. Un vieil adage explique l'origine et, en même temps, le rigorisme de ce principe : «The King can do no wrong». Le Roi ne peut pas mal agir. C'est pourquoi aussi on ne peut le traduire devant les tribunaux que s'il y consent. En conséquence, les administrés n'ont la faculté de s'adresser à l'Etat pour réclamer la réparation du dommage qu'ils ont subi par le fait d'un agent de la Couronne que si le Roi accepte qu'on lui intente ce procès.[2]) On s'imagine sans peine qu'une action de ce genre sera plutôt rare. Les citoyens lésés dans leurs intérêts particuliers seront donc forcés de poursuivre directement les agents en défaut. Cette unique possibilité ne leur offre ainsi qu'une garantie relative.

Aux Etats-Unis, on trouve un système analogue à celui qu'on vient de voir. *Les fonctionnaires publics sont personnellement responsables* du dommage qu'ils causent. *L'Etat est toujours irresponsable* et il faut entendre par là aussi bien les Etats particuliers que l'Etat fédéral. Ce principe ne repose plus ici sur l'infaillibilité du Roi, puisqu'il n'y en a pas, mais sur l'idée que l'Etat incarne la collectivité nationale et que, comme tel, il ne peut répondre vis-à-vis des particuliers des fautes de ses fonctionnaires qui, s'ils les commettent, perdent leur véritable

1) Dicey, Introduction to the law of the Constitution, trad. franç. p. 181.
2) Bonnard, De la responsabilité des personnes publiques, p. 14 et suiv.

qualité d'agents de l'Etat. Un procédé, qui revêt en somme la forme déguisée d'une action en dommages-intérêts, peut toutefois permettre au citoyen américain de s'adresser à l'Etat pour demander réparation du dommage subi. C'est la «pétition à la législature» qui n'est pas autre chose qu'une sorte de réclamation formulée auprès du département financier de l'Etat.[1])

En dehors de ce moyen, les particuliers lésés devront rechercher personnellement les fonctionnaires en justice. Et encore faut-il ajouter que certains d'entre ces derniers, les plus haut placés dans la hiérarchie fonctionnelle, jouissent d'une protection qui les met à l'abri de poursuites insuffisamment fondées. C'est ainsi que le président, le vice-président, les ministres, par exemple, ne peuvent être actionnés par la voie ordinaire. On doit recourir contre eux à «l'impeachment», méthode consistant en l'accusation portée contre eux par la Chambre des représentants devant le Sénat qui statue comme tribunal. L'agent reconnu coupable peut, aux termes de la Constitution,[2]) être destitué. Ce système est d'ailleurs également connu en Angleterre où la Chambre des communes peut traduire l'agent incriminé devant la Chambre des Lords. Mais on n'en fait usage que dans les cas très graves. Quoique appliquée encore pendant la Grande Guerre, cette institution tombe en désuétude.[3])

En Italie, les *fonctionnaires* sont aussi *personnellement responsables.* Ils répondent de toute faute envers les tiers qui peuvent les poursuivre par la voie ordinaire ; les dispositions du droit commun leur sont applicables tout comme aux simples particuliers. Font toutefois *exception* à ce principe les préfets, sous préfets et maires, «prefetti, sottoprefetti, sindaci» qui, en vertu de la loi du 20 mars 1865, ne répondent de leurs actes qu'envers l'autorité administrative supérieure et ne peuvent être actionnés par les administrés sans autorisation préalable.[4])

1) Bonnard, eod. loc. p. 76 et suiv.
2) Constitution américaine du 4 mars 1789, Art. II, § 4.
3) Esmein, Droit constitutionnel français et comparé, Vol. I, p. 149 et 150.
4) V. de Neames-Desmarets, op. cit. p. 32 et 73.

En **Belgique** enfin, le fonctionnaire peut être également poursuivi pour le préjudice qu'il a causé, mais seulement s'il a commis une *faute volontaire*, soit un dol, en outrepassant ses compétences. «Le fonctionnaire qui reste dans les limites de ses attributions légales ou réglementaires est exempt de fraude, lors même qu'il en use avec peu de discernement et d'une manière inopportune, attendu que tout acte fait dans l'exercice d'une attribution légale est censé le fait du souverain lui-même.»[1]) S'il dépasse ces limites, il commet une faute et doit en répondre personnellement. Ce système présente quelque analogie avec le système français, quoique reposant sur un principe différent.

§ 2. *En Suisse.*

Il faut distinguer, en Suisse, suivant que le fonctionnaire est un fonctionnaire fédéral ou un fonctionnaire cantonal. Cette qualité dépend de l'autorité qui le nomme : si le fonctionnaire est appelé à ses fonctions par l'autorité fédérale (Assemblée fédérale ou Conseil fédéral), il est fonctionnaire fédéral ; s'il est nommé ou élu par un canton pour exercer une charge publique dans ce canton, il est fonctionnaire cantonal.

a) **La responsabilité des fonctionnaires fédéraux** est réglée par la loi fédérale du 9 décembre 1850. A teneur de cette dernière, tout fonctionnaire est personnellement responsable du dommage qu'il cause en violant les devoirs de sa fonction. Cette disposition vise tant les membres des autorités exécutives et judiciaires que les autres fonctionnaires. Ceux-ci sont tenus à réparation du tort causé sur tous leurs biens. A remarquer la rare sévérité de la loi qui, à son article 2, étend cette responsabilité aux personnes qui revêtent une fonction temporaire ou qui en exercent une à titre provisoire.

Pour que la responsabilité du fonctionnaire fédéral soit établie, deux conditions sont nécessaires : en premier lieu, il faut que le fonctionnaire ait commis un acte ou se soit rendu coupable d'une omission contraire à la constitution fédérale,

1) Giron, Droit administratif de la Belgique, Bruxelles 1884, t. I, p. 226.

aux lois ou aux règlements : en outre, il faut que cet acte ou que cette omission ait causé un dommage réel. (art. 7). En ce qui concerne la personne du lésé, peu importe que ce soit un particulier ou l'Etat lui-même : le fonctionnaire est indifféremment tenu à réparation vis-à-vis de l'un ou de l'autre.

La loi du 5 avril 1910 sur le service des Postes semble toutefois faire une exception à ce dernier principe. Elle crée un statut spécial pour les fonctionnaires et employés de l'Administration des Postes et pose comme règle que ceux-ci ne sont civilement responsables envers les tiers que s'ils ont commis un délit réprimé par la législation pénale : en dehors de ce cas, ils ne répondent que vis-à-vis de l'Administration des Postes (Art. 91). Cette classe de fonctionnaires paraît donc favorisée à l'égard des autres fonctionnaires dont nous venons de souligner la large responsabilité. Il ne faut cependant pas voir dans le texte légal un principe absolu et une dérogation formelle aux normes générales prescrites par la loi de 1850 : on doit au contraire l'interpréter de façon plus large. Pour Fleiner,[1]) le fonctionnaire pourra tout de même, dans certains cas, être tenu personnellement vis-à-vis des tiers : le grand juriste suisse donne à cette disposition spéciale ce sens que le fonctionnaire ne répondra à l'égard des tiers que des actes délictueux pour lesquels l'administration des Postes répond elle-même.[2]) Puisqu'il peut être responsable, il va de soi que ce sont les dispositions de la loi de 1850 qui sont applicables.[3])

1) Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 504.

2) «... der Beamte hafte Dritten persönlich nur für solche deliktische Tatbestände, für welche auch die Post selbst gegenüber Dritten haftet.» Fleiner, eod. loc. p. 504, note 23. Voir dans le même sens Buser, Die rechtliche Stellung der Postanstalt nach schweizerischem Recht, thèse Berne 1912, p. 59.

3) Nous arrivions au bout de cette étude quand nous avons eu sous les yeux un intéressant article paru sur cette question dans le «Journal des Fonctionnaires fédéraux», du 10 juillet 1932, sous la signature de Me Fitting, avocat à Lausanne. L'auteur, après avoir constaté et examiné la situation embarrassante que crée la juxtaposition des deux lois, en arrive à cette conclusion : «Il résulte donc de la combinaison des textes, écrit-il, que la responsabilité civile des fonctionnaires postaux à l'égard des tiers n'a été supprimée que lorsque le dommage a été causé par imprudence ou par négligence et qu'il a été de relativement peu d'importance.»

A part l'exception que nous venons de relever, où la Confédération peut être tenue de réparer elle-même le dommage causé, on peut dire, en règle générale, que les fonctionnaires fédéraux répondent toujours *personnellement* de leurs actes. C'est contre eux seuls que pourra se retourner le citoyen qui a été lésé par la violation d'un devoir de leurs fonctions.

La récente loi fédérale sur le statut des fonctionnaires (18 juillet 1927) ne modifie en rien ce principe posé il y a déjà plus de trois quarts de siècle. Elle ne fait que fixer à l'article 29 la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de la Confédération.

b) Quant aux **fonctionnaires cantonaux,** leur responsabilité est réglée par le droit cantonal en vertu de l'article 362 C. O. qui réserve pour les employés et fonctionnaires publics le droit public de la Confédération et des cantons. Un certain nombre d'entre les anciens codes civils cantonaux contenaient des dispositions sur cette responsabilité, tel celui de Zurich, par exemple (Art. 419 sq. et 816 sq.). Depuis l'unification du droit civil, ces dispositions ont été abrogées par le droit fédéral ; elles se retrouvent tantôt dans les lois d'introduction du C. C. S., tantôt aussi dans les lois particulières.

Presque tous les cantons ont fixé les normes générales régissant la responsabilité des fonctionnaires dans leur constitution, laissant à des lois spéciales le soin de régler cette question en détails. C'est ainsi que les constitutions des cantons de Berne (C. 1893, art. 15), Lucerne (C. 1875, art. 16), Schwyz (C. 1876, art. 17), Nidwald (C. 1877, art. 17 et 1913, art. 22), Obwald (C. 1902, art. 16), Zoug (C. 1894, art. 19), Fribourg (C. 1857, art. 58), Soleure (C. 1887, art. 7.), Schaffhouse (C. 1876, art. 30), Appenzell R. E. (C. 1908, art. 35), Appenzell R. I. (C. 1872, art. 11), St-Gall (C. 1890, art. 108), Grisons (C. 1892, art. 44), et Neuchâtel (C. 1858, art. 21) posent le principe de la responsabilité personnelle de leurs fonctionnaires et employés publics. Le texte constitutionnel des cantons de Zurich (C. 1869, art. 10), Argovie (C. 1885, art. 8) et Thurgovie (C. 1869, art. 20) précise que le fonctionnaire peut être responsable aussi bien vis-à-vis de l'Etat et de la commune qu'à l'égard des particuliers. Les demi-cantons de Bâle-Ville (C. 1889, art. 9) et Bâle-Campagne

(C. 1892, art. 29) établissent également la responsabilité personnelle des fonctionnaires, mais laissent au tiers lésé la faculté de faire valoir ses droits directement auprès de l'Etat, auquel l'action récursoire contre le fonctionnaire en défaut est réservée. La constitution d'Uri (1888) pose, elle aussi, le principe de la responsabilité primaire des fonctionnaires, mais c'est la seule qui, à son article 17, prévoit la responsabilité subsidiaire de l'Etat. Les constitutions de Vaud (C. 1885, art. 67) et Genève (C. 1847, art. 93) ne font que fixer la responsabilité du Conseil d'Etat. Enfin, celles des cantons du Tessin et de Glaris sont muettes à ce sujet. Quant à la constitution valaisanne, nous y viendrons plus en détail tout à l'heure.

Ces principes fondamentaux posés, un grand nombre de cantons se sont abstenus jusqu'ici de les élargir et de les préciser dans des lois spéciales sur la responsabilité des fonctionnaires. La plupart d'entre eux suppléent à cette lacune en introduisant des dispositions y relatives dans les lois et règlements qui visent l'organisation de certaines fonctions particulières. Ainsi, par exemple, le canton de Zurich,[1]) indépendamment des dispositions pénales renfermées dans son C. P., et de celles que contient sa loi d'introduction du C. C. S., (§§ 224—226 et 229), prévoit la responsabilité des notaires dans une loi sur l'organisation du notariat (28 juillet 1907, § 35) et celle de l'Etat en cas d'arrestation illégale dans une loi sur l'organisation judiciaire.[2]) Le canton d'Uri possède toute une série de règlements et ordonnances réglant certaines fonctions spéciales et dans lesquels se trouve ici ou là une disposition particulière sur la responsabilité de tel ou tel fonctionnaire : c'est le cas pour le caissier d'Etat dont la responsabilité est déterminée au § 10 du règlement du 3 octobre 1888. Il en est de même pour le can-

1) Aux termes de la L. I. zurichoise, le fonctionnaire répond de son dol et de sa faute lourde. Cette loi prévoit également la responsabilité solidaire de plusieurs fonctionnaires en défaut, ainsi que celle de l'Etat et de la commune en cas de dommage causé aux particuliers pour des motifs d'intérêt général. Renseignements obligeamment fournis par la Chancellerie d'Etat de Zurich.

2) Gesetz betr. die zürcherische Rechtspflege, §§ 776 et 905. V. Nievergelt, op. cit. p. 102.

ton de Schwyz : «Es gibt überdies eine Reihe von Spezialbestimmungen, die in verschiedenen Gesetzen über einzelne Materien untergebracht sind. [1]) C'est encore le cas pour le canton du Tessin, parmi tant d'autres : «Norme speciali del diritto cantonale in quanto a responsabilità di pubblici ufficiali e impiegati, sono state previste per i consiglieri di Stato, per i giudici, procuratori pubblici, giudici istruttori et agenti della forza pubblica.»[2])

Nous nous en arrêtons là, ne voulant pas nous égarer dans le labyrinthe du droit administratif de nos vingt-cinq petits Etats ! Tout ce qu'on peut retenir de ces références citées au hasard, c'est que la question de la responsabilité des fonctionnaires publics est fort difficile à trancher dans les cantons qui ne l'ont pas déterminée de façon suffisamment précise. Il en est heureusement qui ont saisi la nécessité de la mettre au clair et qui possèdent des lois plus ou moins satisfaisantes sur la matière.

Parmi celles-ci, citons en premier lieu la loi bernoise du 19 mai 1851 qui est fort bien ordonnée et très complète malgré son grand âge. Elle définit de façon très claire l'idée de responsabilité, l'applique aux autorités et fonctionnaires qui sont tenus personnellement «aussi bien envers l'Etat qu'envers les intéressés» (art. 3), et règle en détail la procédure à suivre en cas d'action civile. Un point intéressant à souligner : l'article 51 laisse aux particuliers, moyennant une condition de procédure, la faculté d'adresser leurs réclamations directement à l'Etat. Ce dernier peut alors exercer un recours contre le fonctionnaire en défaut.

Une autre loi qui remonte à 1851 également, est celle de Bâle-Campagne. Elle semble cependant donner lieu à une interprétation moins aisée que la précédente. Témoin un arrêt de l'instance supérieure de ce canton[3]) qui relève l'inconvénient causé par cette loi du fait qu'elle n'établit aucune différence

1) Communication de la Chancellerie du canton de Schwyz du 26 sept. 1930.
2) Cattaneo, op. cit. p. 83.
3) Arrêt du T. C. de Bâle-Campagne du 26 septembre 1930 publié dans la «Revue suisse de Jurisprudence», année 1931--32, fascicule 11, p. 169.

entre les actions intentées aux fonctionnaires par l'Etat et celles qui sont dirigées contre eux par les particuliers.

Relevons encore la loi grisonne du 16 novembre 1902 qui pose le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires et l'étend, à l'instar de la loi fédérale, à ceux qui revêtent une fonction provisoire (art. 1, al. 2). Il convient d'attirer l'attention sur l'intéressante disposition de l'article 5 de cette loi qui oblige l'Etat à réparer le dommage causé dans le cas où le fonctionnaire fautif n'est pas en mesure de le faire lui-même. Le canton des Grisons offre ainsi une grande garantie à ses citoyens.[1])

La loi vaudoise du 29 novembre 1904 consacre le principe opposé à celui des lois que nous venons de citer et présente une certaine analogie avec le système usité en Allemagne. Elle proclame la responsabilité primaire de l'Etat à raison des actes de ses fonctionnaires et la responsabilité subsidiaire de ces derniers. La loi genevoise du 23 mai 1900 prévoit également l'obligation pour l'Etat de réparer le dommage causé par ses magistrats et fonctionnaires. Ni l'une ni l'autre de ces deux lois toutefois ne règle la responsabilité des fonctionnaires envers l'Etat. Elles renvoient d'ailleurs toutes deux aux dispositions générales du C. O. Il en est de même enfin pour la loi neuchâteloise du 2 décembre 1903 qui consacre des principes identiques.

Cette rapide incursion dans les principales législations étrangères au Valais nous aura permis de constater combien le problème de la responsabilité des fonctionnaires publics varie, non seulement d'un pays à l'autre, mais même dans les différents cantons suisses. En ce qui concerne ces derniers, nous pouvons dire d'une façon générale, que cette importante question du droit public est encore bien loin d'être mise au point. Nous allons au reste nous en rendre compte en l'examinant plus à fond dans un canton qui n'est pourtant pas le plus en retard dans ce domaine.

2) Voir aussi pour la responsabilité des fonctionnaires de ce canton : Sonder, op. cit. p. 141 sq.

DEUXIÈME PARTIE

LE FONCTIONNAIRE VALAISAN ET SA RESPONSABILITE

SECTION I.

Les dispositions spéciales de la loi en vigueur.

Dans notre première partie, nous avons essayé de faire ressortir les caractères généraux les plus saillants des notions de fonction publique et de responsabilité ; puis, nous avons jeté un coup d'œil rapide sur les différents systèmes adoptés par les principales législations qui entourent la nôtre. Cet exposé ne pouvait être que fort sommaire, et nous avons dû nous borner à souligner l'essentiel. Chacun des chapitres qu'il renferme eût pu — et combien facilement — faire l'objet d'une thèse particulière. Le cadre de notre sujet nous a toutefois obligé à nous restreindre de la sorte pour consacrer plus spécialement nos recherches sur la situation d'un fonctionnaire déterminé : le fonctionnaire valaisan.

Nous savons donc ce que représente l'idée de fonctionnaire public et connaissons les conditions essentielles de sa responsabilité. Il nous reste, par conséquent, à appliquer ces principes à un cas particulier, ou plutôt à observer l'application qu'en fait la loi. Et, si cette dernière est muette, il y a lieu de rechercher la solution qui paraît devoir être adoptée avec le plus de succès pour établir en détails les règles auxquelles devra être soumise la responsabilité du fonctionnaire valaisan.

Examinons tout d'abord quelles sont les dispositions que la loi fixe sur ce sujet et ce qu'elles renferment.

CHAPITRE I.

La législation fédérale.

Aux termes de l'article 64 de la Constitution fédérale, la Confédération s'est réservé le droit de légiférer dans certains domaines qui étaient jusqu'alors du ressort des cantons. Usant de cette faculté, le législateur fédéral a promulgué diverses lois dans lesquelles il règle l'organisation de plusieurs services publics pour tout le territoire de la Confédération. L'organisation générale de ces fonctions ayant été unifiée, le droit fédéral a précisé la marche de ces services publics, afin d'en assurer un fonctionnement régulier et uniforme ; il en a confié la surveillance supérieure aux autorités fédérales et a ainsi réglementé lui-même la responsabilité des fonctionnaires qui en sont chargés, bien que ceux-ci demeurent des fonctionnaires cantonaux, choisis par les cantons.

C'est ainsi que le Valais peut choisir lui-même ses officiers d'état civil, ses autorités de tutelle, ses préposés au registre foncier, au registre du commerce et aux offices de poursuites ; mais la responsabilité civile de ces fonctionnaires est réglée exclusivement par le droit fédéral.

§ 1. Les fonctionnaires de l'état civil.

Le principe régissant la responsabilité des fonctionnaires de l'état civil est posé à l'article 42 C. C. S. dont voici la teneur : «Les officiers de l'état civil et les autorités de surveillance immédiate sont personnellement responsables du dommage causé par leur faute ou celle des employés nommés par eux. — La responsabilité des autorités de surveillance est réglée de la

même manière que celle des autorités de tutelle. — Les cantons sont tenus subsidiairement du dommage non réparé par les fonctionnaires responsables.»

Deux règles se dégagent de cette disposition : d'un côté : responsabilité primaire des officiers de l'état civil et de l'autorité inférieure de surveillance ; de l'autre : responsabilité subsidiaire du canton. De quelle manière devront-elles être appliquées ?

La première condition qui doit être remplie pour entraîner la responsabilité est la commission d'une faute. Celle-ci n'a pas besoin de présenter un caractère spécial de gravité, la loi ne le prévoit pas. Toute faute donc, même légère, entraînera la responsabilité.[1]) Deuxième condition : cette faute doit causer un dommage. La question de savoir s'il faut entendre par ce dernier uniquement le dommage matériel ou prendre également en considération le tort moral est très discutée. A notre avis, il paraît hors de doute que le législateur a voulu écarter la possibilité d'une action en paiement d'une somme à titre de réparation morale, puisque l'article 28 C. C. S. dispose expressément qu'une telle action «ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi». Il était dans son intention de réprimer la tendance qu'on a de faire un usage abusif d'un tel genre d'action. Les paroles de M. Gobat, rapporteur de la commission parlementaire du C. C. S., le prouvent : «On s'est plaint de ce qu'aujourd'hui la tendance s'accentue toujours davantage de s'adresser au tribunal civil à l'effet d'obtenir une somme d'argent pour une soi-disant atteinte portée à l'honneur, à la réputation, alors qu'on devrait plutôt, d'après la nature des choses, s'adresser au tribunal de répression qui prononce une réparation publique».[2]) La loi prévoit au reste formellement les cas où l'on peut intenter une action en réparation du tort moral.[3]) Du moment qu'elle ne l'a pas fait pour le dommage

1) V. Egger, Commentaire, p. 160, lettre c) et Hafter, dans Commentaire Gmür I, p. 184

2) Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, XVme année, p. 465.

3) Cf. C. C. S. art. 29, al. 2, 93, 134, al. 2, 151, al. 2, 318 ; C. O. art. 47 et 49.

de cette nature causé par les fonctionnaires d'état civil, il y a donc tout lieu d'admettre qu'une telle action est impossible. Cette opinion[1]) est cependant combattue par Egger qui prétend que l'article 42 C. C. S. ne constitue pas une dérogation dans le sens de l'article 61 C. O. et que, par conséquent, les fonctionnaires de l'état civil sont soumis aux dispositions des articles 41 et suivants du C. O. comme les autres fonctionnaires dont la responsabilité n'est pas définie de façon précise. Dans ce cas, cette catégorie de fonctionnaires serait tenue aussi bien à réparation du tort moral que du dommage matériel. «Dass der Zivilstandbeamte weniger streng haften solle als nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts, das wollte der Gesetzgeber nicht, ja das ist's gerade, was mit Art. 42 vermieden werden sollte.»[2]) Unternährer[3]) partage entièrement ce point de vue. Nous nous demandons alors pourquoi les auteurs du C. C. S. auraient perdu leur temps à fixer la responsabilité des fonctionnaires d'état civil, si celle-ci devait être soumise aux règles générales touchant les obligations qui dérivent d'actes illicites!

Les deux conditions que nous venons de voir étant remplies, il faut qu'il existe entre elles ce rapport de cause à effet dont nous avons parlé dans notre partie générale. La responsabilité sera ainsi établie. Voyons à présent de quelle manière elle doit être supportée.

a) **Responsabilité des officiers de l'état civil.** Les fonctionnaires désignés par l'autorité cantonale, en l'occurence le Conseil d'Etat, pour exercer la charge de préposé à un arrondissement d'état civil sont responsables en première ligne du dommage qu'ils causent personnellement et par leur faute. Cette règle s'applique par analogie aux substituts, lorsque ceux-ci exercent ces fonctions en lieu et place des officiers eux-mêmes.

Ces mêmes fonctionnaires répondent en outre du dommage causé par la faute des employés qu'ils ont nommés directement: il faut entendre par ces derniers toutes personnes qui ont été

1) Elle est partagée par Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechts, p. 56, et Hafter, Commentaire, p. 184.
2) Egger, Commentaire, p. 160, lettre d).
3) Op. cit. p. 67.

engagées par les officiers d'état civil ou leurs substituts en qualité d'aides de bureau ou de secrétaires et qui accomplissent, de ce fait, leur travail en vertu d'un contrat de droit privé, étant donné qu'elles n'ont pas été choisies par l'autorité et qu'elles ne sont en conséquence pas employés publics. Tout autre serait la situation de ces personnes si elles étaient nommées par l'autorité elle-même dans le cas éventuel où un bureau d'état civil serait surchargé et où la désignation d'employés surnuméraires deviendrait nécessaire : dans ce cas, de tels employés seraient liés à l'Etat par un rapport de service qui ferait d'eux des employés publics et ils seraient tenus personnellement de leur faute au même titre que les officiers d'état civil.[1])

b) **Responsabilité des autorités de surveillance immédiate.** L'unique autorité de surveillance des bureaux d'état civil en Valais est le Conseil d'Etat. C'est celui-ci qui, à teneur de l'article 65 L. A. exerce le contrôle sur la tenue de ces bureaux, est compétent pour statuer sur les plaintes formulées par les particuliers à l'encontre des fonctionnaires d'état civil et pour prononcer les peines disciplinaires. Le Conseil d'Etat est donc à la fois l'autorité qui nomme les fonctionnaires d'état civil et celle qui exerce la surveillance sur eux.

C'est en cette seconde qualité qu'il pourra donc être appelé à répondre pour eux. Sa responsabilité est réglée par les dispositions qui régissent celle des autorités de tutelle. Il peut ainsi être tantôt directement, tantôt subsidiairement responsable.

Comme autorité de surveillance, le Conseil d'Etat n'a pas seulement le devoir de contrôler la bonne marche des différents services de l'état civil ; il est appelé parfois à prendre une part directe et active au fonctionnement de ces services, en délivrant des certificats, des déclarations, des autorisations ou des dispenses. L'exercice de cette activité qui est étroitement liée à celle de la fonction même peut, de son côté, occasionner des dommages qui devront être réparés aussi bien que ceux qui sont causés par les fonctionnaires. De là la responsabilité di-

1) Cf. Hafter, Comm. p. 183, lettre B.

recte du Conseil d'Etat qui répond, en vertu de l'article 426 C. C. S. de son dol ou de sa négligence. Si l'autorité de surveillance se rend coupable d'un dol, l'article 429, al. 3, prévoit que ses membres sont tenus solidairement à réparation du dommage qui en résulte. Mais si ce dommage provient d'une négligence imputable à ladite autorité, donc au Conseil d'Etat, c'est l'article 428 qui est applicable ; dans ce cas, chacun des membres répondra pour sa quote-part. Chacun d'eux aussi pourra dégager sa responsabilité personnelle s'il prouve qu'il ne s'est rendu coupable d'aucune faute. Quant à la gravité de cette dernière, l'appréciation en appartient au juge qui examinera si, et dans quelle mesure, les membres de l'autorité ont manqué à leur devoir qui exige «la diligence d'un bon administrateur». A remarquer encore que, en ce qui concerne la responsabilité découlant de la faute de l'autorité de surveillance, les membres de cette dernière ne peuvent être tenus pour la part de réparation qui incombe à l'un d'eux, si celui-ci est insolvable. C'est le canton qui est appelé, dans ce cas, à verser l'indemnité à sa place.[1])

Le Conseil d'Etat peut encore, avons-nous dit, être subsidiairement responsable en sa qualité d'autorité de surveillance. Cette possibilité découle de l'article 429, al. 1 : lorsque le dommage résulte d'un concours d'activité de l'autorité de surveillance et d'un fonctionnaire d'état civil, les membres de cette autorité ne sont tenus que pour autant que le fonctionnaire n'a pas été en mesure de réparer ce dommage lui-même. Cela se produira quand, par exemple, un officier d'état civil a commis un acte dommageable qui eût pu être évité par un contrôle plus étroit de l'autorité de surveillance, laquelle a l'obligation de veiller à la bonne marche des offices. Dans ce cas, le Conseil d'Etat ne sera pas tenu solidairement avec les fonctionnaires fautifs, mais répondra seulement si ceux-ci n'ont pas pu réparer le dommage qui est résulté de leur faute. Une éventualité de responsabilité solidaire peut être envisagée, à part celle que nous avons citée et où les membres de l'autorité de

1) v. Unternäher, op. cit. p. 73.

surveillance se rendent directement coupables d'un dol ; c'est celle où plusieurs fonctionnaires d'état civil concourent directement à la commission d'une faute provoquant un tort matériel. Ces fonctionnaires en répondent alors solidairement entre eux.[1])

c) **Responsabilité du canton.** Le dernier alinéa de l'article 46 prévoit la responsabilité subsidiaire du canton pour le cas où le dommage ne serait pas réparé entièrement par les fonctionnaires en défaut. Le tiers lésé peut donc s'adresser au canton pour réclamer réparation du tort subi, lorsque le fonctionnaire responsable n'a pas été en mesure de lui donner satisfaction ou qu'il n'a pas pu le désintéresser intégralement. Il n'est pas nécessaire pour le demandeur de fournir la preuve de l'incapacité de paiement du fonctionnaire.[2]) Dès qu'il constate que celui-ci est incapable de réparer lui-même le dommage qu'il a causé, il a la faculté de faire valoir ses prétentions auprès de l'Etat directement. C'est là une garantie qui lui est accordée expressément par la loi.

1) Le dernier décret cantonal sur le service de l'état civil, du 15 mai 1931 — qui ne figure pas encore au recueil de lois — reproduit la disposition de la L. A. suivant laquelle le Conseil d'Etat est l'autorité de surveillance des officiers de l'état civil. Mais il prévoit à l'article 18 que le Conseil d'Etat «l'exerce par l'iintermédiaire d'un de ses départements», sans désigner toutefois ce département. Nous apprenons que le Conseil d'Etat a confié cette surveillance au Département de l'Intérieur. Ainsi tomberait le système de la responsabilité solidaire, tel que nous l'envisageons ci-dessus, le Chef de ce Département étant de la sorte censé être le seul responsable. Cependant, il en est, paraît-il, tout autrement en pratique. M. le Conseiller d'Etat Cyr. Pitteloud — à qui nous devons ces obligeants renseignements — nous informe en effet que, en fait, le Chef du département chargé de cette surveillance, pas plus au reste que les membres du Conseil d'Etat, ne sera jamais poursuivi en justice. L'intéressé s'adressera au fonctionnaire fautif et, en cas d'insolvabilité de celui-ci, directement à l'Etat. Nous devons convenir que c'est plus rationnel ainsi, car il est fort difficile, pour ne pas dire impossible, à un chef de département, dont l'activité est déjà très chargée, de vérifier dans les détails la marche des innombrables offices de l'état civil. D'autre part, il serait question de désigner des inspecteurs spécialement choisis pour exercer la surveillance de ces offices ; ce serait, sans doute, un moyen plus efficace. Dans ce cas, il va sans dire que ces inspecteurs devraient être tenus de leur négligence, puisqu'ils deviendraient de ce fait les agents directs de l'autorité de surveillance immédiate et qu'ils devraient vouer tous leurs soins à ces fonctions.

2) Cf. Hafter, Commentaire, p. 185.

L'article 427, al. 2, réserve cependant au canton le droit de prescrire que cette responsabilité subsidiaire sera imposée en première ligne aux communes ou aux arrondissements.[1]) Notre législation cantonale n'ayant pris aucune mesure semblable, la responsabilité subsidiaire incombe donc à l'Etat du Valais seul.

De même, le droit cantonal pourrait prévoir une responsabilité directe et générale de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires, comme l'a fait, nous l'avons vu, le canton de Vaud, par exemple. La législation valaisanne ne contient toutefois aucune disposition à ce sujet. La responsabilité du canton sera donc toujours une responsabilité subsidiaire.

L'action en dommages-intérêts appartient à toute personne lésée dans ses biens par un acte d'un fonctionnaire ou de l'autorité de surveillance de l'état civil ; elle appartient aussi aux ayants-droit de cette personne. L'Etat peut également avoir le droit d'actionner le fonctionnaire en paiement de l'indemnité qu'il a versée pour lui aux tiers ; mais cette possibilité offre bien peu d'intérêt pratique, car, si le fonctionnaire n'a pas pu désintéresser lui-même le tiers lésé, il ne pourra pas non plus désintéresser l'Etat.

La *procédure* à suivre est la procédure ordinaire : il n'y a aucune formalité spéciale à observer et les tribunaux ordinaires sont compétents. Aucune *prescription* particulière n'étant prévue, l'action se prescrira, comme toute action en dommages-intérêts, d'après les principes posés à l'article 60 C. O.

Notons pour terminer que l'ordonnance fédérale du 18 mai 1928 n'apporte aucune modification en ce qui concerne les fonctionnaires d'état civil : elle ne fait que reproduire les dis-

1) Rossel et Mentha n'admettent pas l'application de cet article aux autorités de surveillance de l'état civil : « ..les actions en responsabilité sont, dans ce domaine, quelque chose de si exceptionnel, qu'on a cru pouvoir refuser aux cantons la faculté de se retrancher derrière les arrondissements de l'état civil.» Cf. Manuel, t. I, p. 116. Il nous semble, au contraire que, puisque le législateur a réglé la responsabilité des autorités de surveillance de l'état civil d'après les dispositions régissant celle des autorités de tutelle, il n'a pas voulu faire une exception à ces principes en excluant cette possibilité.

positions prévues par le C. C. S. et confie la haute surveillance au Conseil Fédéral. Ce dernier ne peut, aux termes de la loi, encourir aucune responsabilité, celle-ci n'étant prévue que pour l'autorité de surveillance immédiate.

§ 2. *Les autorités de tutelle.*

Les membres des autorités de tutelle sont, sans aucun doute possible, des fonctionnaires publics : ils sont nommés par le peuple ou par ses représentants et sont unis à l'Etat par ce rapport de droit public que nous avons essayé de définir plus haut. Le tuteur, par contre, ne peut être considéré comme un fonctionnaire public : il ne remplit aucune des conditions exigées pour acquérir cette qualité, et ses attributions relèvent du droit privé.[1]) L'étude de sa responsabilité personnelle dé-

1) Holliger (op. cit. p. 114—115), ne partage toutefois pas cette opinion. Pour lui, le tuteur n'est pas autre chose que le «délégataire» de l'Etat dont il détient une portion du pouvoir public. «Der Vormund ist nichts anderes als ein für eine bestimmte Funktion eingesetzter Beamter, wie auch das Vormundschaftsrecht zum grössten Teil nicht Privat- sondern Verwaltungsrecht.» Il est vrai que le tuteur est nommé par l'autorité ; sa nomination constitue même une exception aux principes que nous avons posés plus haut, puisqu'il est, en règle générale, tenu d'accepter sa charge. Mais, à notre avis, il ne se trouve pas, après cette nomination, lié à l'Etat par un rapport de service ; il n'est lié, au contraire, que vis-à-vis du pupille dont il tient lieu de père. Il représente, à l'égard du pupille, non pas l'Etat, mais les parents. L'Etat ne fait que surveiller ses actes en sa qualité de protecteur des intérêts des citoyens ; s'il intervient en cas de mauvaise gestion, c'est uniquement à ce titre, aussi bien qu'il peut le faire vis-à-vis d'un père indigne qu'il déchoit de la puissance paternelle. On ne peut pourtant imaginer qu'un tel père de famille soit lié à l'Etat par des rapports de droit public ; ce serait alors la négation du droit privé. Par conséquent, nous estimons que le tuteur relève non point du droit public, mais du droit privé.

Roguin (op. cit. t. III, p. 590—592) semble nous donner raison sur ce point. Il reconnaît que le tuteur revêt un caractère officiel, mais cela n'empêche pas qu'il soit une personne de droit privé. «Le fait, dit-il, que les prescriptions à ce relatives figurent le plus souvent dans les codes civils n'empêcherait aucunement qu'il pût s'agir d'une réglementation de droit public. Cependant le tuteur n'exerce, dans la règle, que des droits privés au nom du pupille (ou en son nom propre de tuteur, mais dans l'intérêt du pupille). Dès lors, le tuteur, même datif, est en cette qualité une personne de droit privé.» (p. 590). Et l'auteur conclut : «En somme, il est, si l'on veut, à la fois une personne officielle, mais avec des compétences presque exclusivement privées.» (p. 592).

passe donc les limites de notre sujet. Nous nous bornons par conséquent à examiner celle des autorités tutélaires, examen qui sera rapide, étant donné que les principes qui régissent cette responsabilité sont précisément ceux qui sont applicables par analogie aux autorités de surveillance de l'état civil et qu'on vient de voir.

Le système adopté par le législateur fédéral sur la responsabilité des autorités de tutelle est un système dit de *responsabilité en cascade*, pour le motif que les différents organes qui en font l'objet sont tenus les uns pour les autres, en suivant les degrés ascendants de l'échelle hiérarchique qu'ils occupent. «L'organe supérieur ne répond que du dommage qui n'a pu être réparé par l'organe inférieur.»[1] Déjà proposé par les auteurs des avant-projets de 1896 et de 1900.[2] ce système paraît avoir été choisi dans le but de protéger d'une manière sûre les tiers intéressés, tout en évitant de faire supporter les conséquences de toute faute, même légère, par l'instance inférieure uniquement.[3] Avant d'examiner son fonctionnement, il y a lieu de définir les instances qui existent en matière de tutelle.

L'organe qui est placé immédiatement au-dessus du tuteur est l'autorité de tutelle. En Valais, il porte le nom de *chambre pupillaire* et se compose de trois membres dont fait partie de droit le juge de commune ; ces membres sont désignés par le conseil communal. (L. A. art. 84). L'organe supérieur à celui-ci est l'autorité de surveillance appelée dans le canton du Valais *chambre de tutelle*. Celle-ci est formée également de trois membres dont deux sont nommés par le conseil de district ; le troisième d'entre eux est le préfet du district qui préside la chambre. (L. A. art. 92). La responsabilité de ces organes est réglée de la façon suivante :

Les membres de la chambre pupillaire répondent de tout dommage occasionné par leur dol ou par leur faute. C'est là le principe de l'article 426 C. C. S. Cette responsabilité, nous

1) Bulletin sténographique, XVI, p. 90.
2) Avant-projet de 1896, art. 456 ; avant-projet de 1900, art. 458.
3) v. Exposé des motifs, Vol. I, p. 264.

l'avons vu pour les autorités de surveillance de l'état civil, n'est pas solidaire, sauf l'exception sur laquelle nous reviendrons : chaque membre, dit l'article 428, est tenu du dommage pour sa quote-part. Celle-ci est présumée égale.[1]) Toutefois, chacun d'eux a la possibilité, en fournissant la preuve libératoire, soit d'atténuer sa responsabilité en démontrant que sa faute est moins grande que celle des autres membres, soit aussi de se libérer entièrement, s'il prouve qu'aucune faute ne peut lui être imputée. En outre, dans l'éventualité où les membres de la chambre pupillaire auraient causé un dommage en concours avec le tuteur, ils ne peuvent être recherchés, d'après l'article 429, al. 1, que si le tuteur n'a pas été en mesure de désintéresser lui-même le tiers lésé par leur acte commun.

Dans le cas où ni le tuteur, ni les membres de la chambre pupillaire ne peuvent réparer le tort[2]) occasionné soit directement par l'un des deux organes, soit par les deux à la fois, c'est le canton qui est tenu à leur place. Nous savons cependant que celui-ci peut, en vertu de l'article 427, al. 2, imposer cette responsabilité subsidiaire tout d'abord aux communes ou aux arrondissements intéressés. Le canton du Valais a fait usage de cette faculté et a prévu à l'article 143 de sa loi d'application du C. C. S. que «la commune de la tutelle est en première ligne tenue du découvert». La commune valaisanne est donc en quelque sorte caution simple de la chambre pupillaire et l'Etat ne répond lui-même qu'en troisième lieu du dommage causé par les autorités de tutelle.

Quant aux membres de l'autorité de surveillance, en l'occurence **les membres de la chambre de tutelle,** ils ne sont pas exempts, eux non plus, de la responsabilité civile. En effet, s'ils se rendent coupables, concurremment avec ceux de la chambre pupillaire, d'un dol ou d'une faute entraînant un dommage, ils peuvent être tenus à réparation, mais pour autant seulement que les membres de la chambre pupillaire n'ont pas été en mesure de désintéresser le tiers lésé. Ici, le canton ne

1) V. Rossel et Mentha, op. cit. p. 589.
2) A notre avis, ce tort comprendra, ici aussi, exclusivement le tort matériel et non le tort moral.

peut pas substituer sa responsabilité subsidiaire à celle de la commune : la loi fédérale ne lui a pas octroyé cette compétence. Il répond donc en seconde ligne. De même que pour les membres de la chambre pupillaire, la responsabilité des membres de la chambre de tutelle se partage par égales parts, sauf les restrictions énumérées ci-dessus qui sont valables pour l'autorité de surveillance également.

Ce principe de répartition de la responsabilité par égales parts entre les membres des deux instances n'est valable qu'en cas de dol ou de faute. Si ces mêmes membres se rendent coupables de fraude, c'est l'article 429, al. 3, qui est applicable et leur responsabilité est directe et solidaire.

L'action appartient au pupille, si sa tutelle a pris fin, ou à ses héritiers, s'il est décédé : elle peut être intentée aussi par le représentant légal, tuteur ou curateur, qui aura été désigné en remplacement de celui dont la faute aura provoqué la destitution. Elle se *prescrit* par un an à dater de la remise du compte final, si elle est dirigée contre le tuteur ou contre les membres de la chambre pupillaire directement responsables et par un an à partir de la découverte du dommage si elle est exercée contre les membres des autorités indirectement responsables, contre la commune ou le canton. Dans ce second cas, elle est imprescriptible pendant tout le temps de la durée de la tutelle. (Art. 454 C. C. S.)

Comme on peut le remarquer, ce système de la responsabilité en cascade est fort compliqué et ne répond certainement pas aux désirs du législateur qui n'a pas prévu les difficultés pratiques que soulèvrait son application. Sans vouloir entreprendre ici une critique détaillée de cette méthode, nous partageons pleinement le point de vue de Delessert qui fait dans ses conclusions les observations suivantes : «En résumé, le législateur a voulu protéger les pupilles d'une manière efficace et les autorités de tutelle dans une certaine mesure. Le résultat est que le système adopté est lourd et peu pratique ; les incapables sont donc en fait assez mal protégés par les articles 426 et suiv. C. C. S., ce qui n'était certes pas l'intention des auteurs de notre code... Il serait bon, croyons-nous, de déclarer les

cantons directement responsables de tout dommage qu'auraient pu subir les pupilles.»[1])

Ajoutons qu'il existe encore en Valais une autre instance de surveillance. En effet, l'article 91 de la L. A. prévoit que «les chambres pupillaires sont placées sous la haute surveillance du Conseil d'Etat, lequel l'exerce par l'organe des rapporteurs de districts». L'ordonnance cantonale du 13 décembre 1913 relative à la tenue des livres, à la surveillance et aux tarifs des chambres pupillaires reproduit cette disposition et octroie cette compétence non seulement aux rapporteurs de district, mais aussi au Département de Justice et Police. On ne doit cependant pas confondre cette instance avec l'autorité de surveillance telle que prévue par le droit fédéral. Cette dernière encourt une responsabilité nettement établie par le C. C. S. Celle que nous venons de relever, au contraire, offre plutôt un caractère exclusivement administratif. Le Conseil d'Etat, par l'intermédiaire du Département de Justice et Police et des rapporteurs, n'a pour mission que d'examiner si les membres des chambres pupillaires se conforment aux prescriptions concernant l'organisation et la marche de l'autorité de tutelle, et de vérifier leurs livres, leurs archives, en un mot leur gestion. La responsabilité de ces fonctionnaires n'est donc pas réglée par le droit fédéral, mais exclusivement par les dispositions du droit public cantonal.

L'ordonnance prévoit des peines disciplinaires en cas d'inobservation de ces prescriptions, mais cela «sans préjudice de la responsabilité civile des intéressés» (art. 39). Elle ne détermine aucune responsabilité spéciale pour cette instance particulière qui, n'ayant rien de commun avec l'autorité de surveillance du droit fédéral, autrement dit la chambre de tutelle, échappe donc aux dispositions fixées pour cette dernière par le C. C. S.

1) Delessert, op. cit. p. 100 et 101.

§ 3. Les fonctionnaires du registre foncier.

Pour cette catégorie de fonctionnaires, le système de la responsabilité est complètement différent. Leur responsabilité n'est jamais primaire. C'est le canton qui, en vertu de l'article 955 C. C. S. est tenu de réparer «tout dommage résultant de la tenue du registre foncier.»

L'Etat du Valais est donc, dans ce cas, directement responsable ; il ne répond plus ici dans la mesure où les fonctionnaires, les employés ou les autorités de surveillance n'ont pas pu réparer le dommage, mais il est tenu en première ligne. Le tiers lésé devra, en conséquence, actionner directement le fisc cantonal : il ne pourra faire valoir ses prétentions contre les fonctionnaires en défaut.

Cette **responsabilité primaire du canton** n'est pas subordonnée à la commission d'une faute : sa seule condition est le fait dommageable. Dès qu'un particulier subit un préjudice ensuite d'une opération du R. F. et de quelque manière que ce soit, l'Etat est tenu de le désintéresser.

L'obligation ainsi imposée au canton peut paraître bien lourde et risquer d'être souvent très onéreuse, mais le législateur l'a voulu ainsi, afin que les droits du particulier, très exposés par cette gigantesque organisation qu'est le R. F., soient suffisamment protégés. L'exposé des motifs[1]) le fait comprendre : «Toujours est-il, qu'à raison des graves intérêts qui se rattachent au registre foncier et de la contrainte que l'Etat exerce en établissant toute cette organisation, il siéra d'instituer en première ligne la responsabilité de celui-ci.

Une certaine réserve s'impose cependant. Quoique l'acte dommageable ne doive pas nécessairement résulter d'une faute, il faut toutefois qu'il soit contraire au droit pour entraîner la responsabilité du canton. Cet acte doit constituer une violation des devoirs de fonction du préposé au registre, de son substitut ou de ses employés, ou tout au moins l'inobservation des prin-

1) Vol. 3, p. 331.

cipes posés par la loi.[1]) Rossel est d'avis que le canton ne semble pas pouvoir être actionné si le registre a été tenu conformément aux lois. Il cite le cas du notaire qui commet un faux ; il ne sera pas toujours loisible au conservateur du R. F. de vérifier si toutes les dispositions contenues dans un acte correspondent rigoureusement à la réalité. Faut-il alors que l'Etat soit tenu du dommage résultant de telles circonstances ? Le C. C. S. paraît dicter une réponse affirmative. Toutefois un cas de cette nature est très discutable.[2]) La majorité des commentateurs partage ce point de vue. Lehmann prétend, à son tour que, si l'acte dommageable ne présente aucun caractère d'illicéité, si le tort n'a pas été causé par un acte contraire au droit (rechtswidrig), le canton ne peut être tenu à réparation.[3])

On peut ainsi se rallier sans scrupule à l'opinion de tous ces juristes et affirmer que l'Etat répond en vertu des dispositions générales de l'article 41 C. O. avec cette différence, prévue tacitement, mais aussi intentionnellement par le législateur, que le tiers lésé qui prétend avoir subi un dommage n'aura qu'à en prouver l'existence et non pas la faute de celui qui l'a commis. Quant au dommage lui-même, il ne pourra être, ici encore, que matériel, ce, pour les mêmes motifs que nous avons donnés plus haut. De plus, le rapport de causalité entre celui-ci et l'acte dommageable du fonctionnaire devra être également établi. L'action peut être intentée par tout tiers lésé par la voie ordinaire et le recours au T. F. demeure réservé. Elle se prescrit comme toute action d'après les dispositions générales de l'article 60 C. O.

En résumé donc, l'Etat valaisan est toujours tenu du dommage causé par ses fonctionnaires du R. F. L'article 955, al. 2, C. C. S. prévoit cependant qu'il pourra se retourner contre ces derniers, ainsi que contre les autorités de surveillance immédiate, s'ils se sont rendus coupables d'une faute.

1) Cf. Wieland, Commentaire, p. 538.
2) V. Rossel et Mentha, Vol. III, p. 319, note 1.
3) Lehmann, Die Tragweite der Haftpflicht des Staates für Schaden aus der Grundbuchführung. Publié dans Schw. Jur. Z. Vol. XVII, p. 41 sq.

La L. A. reproduit textuellement les termes de ce principe à son article 251. Contre quelles personnes l'Etat du Valais pourra-t il exercer ce droit de recours ? Tout d'abord contre les conservateurs des bureaux du R. F. qui répondent non seulement de leur faute personnelle, mais encore de celle des employés qu'ils ont nommés eux-mêmes. Puis, contre leurs substituts, s'ils ont commis une faute dans l'exercice de leurs fonctions. Enfin, le canton pourra faire valoir ce droit de recours contre les autorités de surveillance immédiates.

En ce qui concerne ces dernières, l'article 247, al. 3, L.A., désigne le Conseil d'Etat comme autorité cantonale de surveillance chargée du contrôle des offices du R. F. Ce contrôle, dit l'alinéa 4 du même article, est exercé par le Département des Finances. Un fonctionnaire contrôleur ad hoc et permanent pourra être nommé par le Conseil d'Etat. L'ordonnance du 17 avril 1920 concernant la tenue du registre foncier cantonal relève cette disposition à son article 14 et désigne ce fonctionnaire sous le nom d'inspecteur. Le Conseil d'Etat n'est donc pas l'autorité de surveillance immédiate au sens de la loi fédérale. Son rôle consiste uniquement dans l'exercice de la surveillance prévue à l'article 956 C. C. S. Il tient lieu d'instance judiciaire, prononce les peines disciplinaires et statue sur les recours et les plaintes. Le Canton n'a, par conséquent, pas de recours contre le Conseil d'Etat directement. Il peut l'exercer contre l'autorité immédiate, c'est-à-dire le Chef du Département des Finances ou, si le Conseil d'Etat en a désigné un, contre l'inspecteur. Celui-ci ou, s'il n'y en a point de nommé, le Chef du Département des Finances répondra de sa faute envers l'Etat. Toutes ces personnes, conservateurs, substituts, employés nommés directement par l'Etat et contrôleurs sont donc soumis à une responsabilité subsidiaire qui permettra à l'Etat de se décharger, dans le cas cité, de sa lourde responsabilité primaire. L'article 20, al. 1, de l'ordonnance précitée précise : «Les fonctionnaires du R. F. sont responsables vis-à-vis de l'Etat de tout dommage résultant de la mauvaise tenue du R. F., que ce dommage soit imputable au conservateur lui-même, à son suppléant ou au personnel de chancellerie engagé.»

Enfin, l'alinéa 2 de l'article 251 L. A. et l'alinéa 2 de l'article 20 Ord. octroient aux conservateurs du R. F. un droit de recours qu'ils pourront exercer, à leur tour, soit contre leurs suppléants, soit contre leurs employés fautifs.

Afin de protéger l'Etat d'une manière efficace contre les gros risques que lui font courir les dispositions de la loi fédérale, celle-ci lui donne la faculté d'exiger des garanties des fonctionnaires et employés du R. F. qu'il a nommés (art. 955, al. 3, C. C. S.). Le canton du Valais a fait usage de cette possibilité légale et a prévu pour les conservateurs et leurs suppléants le dépôt, au moment de leur entrée en fonctions, d'un cautionnement dont le montant, fixé par le Conseil d'Etat suivant l'importance des attributions du fonctionnaire, peut atteindre un maximum de trente mille francs. (L. A. art. 252 et Ord. art. 22). Ainsi, lorsque le fonctionnaire coupable n'est pas en mesure de désintéresser l'Etat de la somme que ce dernier a dû verser à un tiers pour réparer la faute commise, le canton a toujours la ressource de se retourner contre une deuxième personne, la caution, ce qui atténue considérablement le péril financier auquel le droit fédéral l'expose.

Le système de responsabilité que nous venons d'examiner est infiniment plus rationnel et équitable que le précédent. Il présente de réels avantages sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir.

Il convient, pour être complet, de se demander si le fonctionnaire ne pourrait pas, malgré ce principe, être tenu tout de même en première ligne. Cette possibilité ne semble pas exclue, et Wieland[1]) prétend que cette question doit être résolue par l'affirmative. A l'avis de ce commentateur, le fonctionnaire du R. F., pas plus que toute autre personne, n'échappe aux dispositions générales de l'article 41 C. O. S'il a commis un dommage, en se rendant coupable d'un acte illicite, il est tenu de le réparer ; le législateur, en créant l'article 955, n'a fait que poser un principe et n'a pas voulu faire là une exception à la règle générale.

1) v. Commentaire, p. 539, ch. 7.

Nous faisons cependant toutes réserves à ce sujet et estimons que, lors bien même que la possibilité de rendre le fonctionnaire du R. F. directement responsable ne serait pas exclue, il n'y a pas lieu de favoriser l'usage d'une telle faculté. Le résultat qu'on en obtiendrait en pratique ne serait autre que de compliquer de façon regrettable l'application d'un système qui a le grand mérite d'être clair et simple.

On pourrait enfin nous objecter que le registre foncier est encore loin d'avoir été introduit entièrement dans notre canton, que seules quelques rares communes connaissent actuellement cette organisation nouvelle et que, par conséquent, les dispositions que nous venons d'examiner sont applicables uniquement aux fonctionnaires du registre foncier tel que prévu par le droit fédéral et non à ceux qui sont chargés du fonctionnement des bureaux de l'ancien système cantonal, soit des bureaux dits des hypothèques. Mais une telle objection doit être réfutée avec certitude. En effet, l'intention du législateur fédéral a été d'unifier dans la Suisse entière le système du registre foncier ; l'organisation des bureaux de ce dernier est laissée, il est vrai, aux cantons, (art. 953 C. C. S.) ; cependant, les principes fondamentaux régissant la marche de ce service d'Etat sont posés par la loi fédérale. Peu importe, dès lors, que les fonctionnaires qui en sont chargés déploient leur activité dans les bureaux d'un arrondissement déjà soumis au nouveau système fédéral ou dans ceux d'un arrondissement fonctionnant encore d'après l'ancien système cantonal, mais tendant à être réorganisé et refondu dans le moule qui a été coulé par le législateur fédéral, si l'on peut se permettre cette image. Ces fonctionnaires font partie, soit les uns, soit les autres, et tous au même titre, de la catégorie spéciale visée à l'article 955 C. C. S. et leur responsabilité doit être réglée par les normes de cette disposition, et par elles seules.

C'est au reste l'opinion du Tribunal cantonal qui a reconnu ce principe dans un récent arrêt : «Bien que le système ancien du Bureau des hypothèques soit en Valais, pour la majeure partie des communes, encore en vigueur, les dispositions de l'article 955 C. C. S. sont, aux termes de la jurisprudence et de

la doctrine, d'ores et déjà applicables. Les cantons sont responsables de tout dommage résultant de la tenue du Registre foncier et l'on doit ajouter des livres désignés pour en tenir lieu jusqu'au moment de l'introduction.»[1])

§ 4. Les fonctionnaires du registre du commerce.

L'unique disposition du droit fédéral touchant à la responsabilité de cette classe de fonctionnaires figure à l'article 2, al. 2, du règlement du 6 mai 1890 sur le registre du commerce et la feuille officielle du commerce : «Les fonctionnaires chargés de la tenue du registre du commerce et leurs suppléants sont responsables des actes rentrant dans l'exercice de leurs fonctions.» Ce texte, on le voit, est très incomplet et ne saurait suffire à régler cette responsabilité comme ce devrait être. En effet, «le règlement ne dit pas quelle est l'étendue de cette responsabilité, si elle doit être réglée par le droit cantonal ou par le droit fédéral, si le canton ou la Confédération, ou l'un et l'autre, peuvent encourir de ce chef une responsabilité subsidiaire quelconque . .»[2])

Le fait que le fonctionnaire du R. C. est responsable des actes qui rentrent dans l'exercice de ses fonctions laisse présumer qu'il sera responsable de toute faute commise pendant cet exercice. Il est donc censé répondre de toutes les conséquences de son activité fonctionnelle. La loi fédérale ne dit cependant pas non plus s'il est seul à en répondre ou si, comme c'est le cas pour les fonctionnaires précités, le tiers lésé peut

1) Jugement du T. C. du 24 janvier 1930. V. dans Rapport du T. C. pour l'année 1930. La jurisprudence du T. C. n'étant plus publiée depuis un certain nombre d'années déjà — ce fait regrettable est dû, croyons-nous, à des raisons d'ordre économique — force nous a été de la rechercher dans les Rapports annuels du T. C. qui énoncent de façon succinte, mais très claire, les principes consacrés par les principaux arrêts. Il nous a toutefois été donné de consulter intégralement les arrêts les plus intéressants pour notre étude, grâce à l'obligeance du greffier français du T. C., M. V. de Werra, avocat, que nous tenons à remercier ici pour son amabilité.

2) Siegmund, Guide des préposés au R. C. de la Confédération suisse. Traduction H. Le Fort, Genève et Bâle 1892, p. 5.

s'adresser à l'Etat pour faire valoir ses prétentions en cas d'insolvabilité du préposé. Elle se borne à poser le principe général de sa responsabilité qu'elle étend au substitut. Ce dernier est placé sur le même pied que le préposé lui-même. Les ordonnances successives[1]) qui ont complété le règlement négligent aussi complètement cette question. Pareillement, notre droit cantonal laisse subsister cette lacune qu'il serait pourtant indiqué de combler tôt ou tard, étant donné la fréquence des erreurs que peuvent commettre les préposés du R. C.

On ne peut dès lors parler de responsabilité spéciale pour ces fonctionnaires, les dispositions du règlement ne constituant par une dérogation au droit commun. Siegmund, commentant ce texte, ajoute : «Il manque également une disposition stipulant envers qui le préposé est responsable, si c'est envers les particuliers ou envers l'Etat, c'est-à-dire si c'est le préposé qui est responsable en première ligne et l'Etat seulement en seconde ligne et subsidiairement envers la partie lésée, ou si, au contraire, l'Etat est en première ligne et directement responsable et si le préposé ne l'est que vis-à-vis de ce dernier.»[2]) Malgré le laconisme du texte réglementaire, nous avons toutefois l'impression très nette que le législateur n'a pas voulu faire répondre l'Etat, en l'occurence le canton, pour ses fonctionnaires du R. C.

Au contraire, il nous semble que son intention a plutôt été de viser la **responsabilité personnelle de ces fonctionnaires** et ce, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard du canton lui-même, si ce dernier est intéressé au dommage. Quant à la responsabilité tant primaire que subsidiaire du canton, elle pourra toujours entrer en jeu, mais à la condition seule que la législation fédérale ou cantonale la prévoie expressément.

En Valais, d'après le principe constitutionnel que nous examinerons par la suite, l'Etat sera tenu en seconde ligne. Pour le surplus, nous savons que ce canton n'a pas réglé de plus près la responsabilité des fonctionnaires du R. C. Ceux-ci seront,

1) Notamment : Ordonnance I du 27 décembre 1910 ; Ordonnance II revisée, du 16 déc. 1918 ; Ordonnance III, du 8 déc. 1917.
2) Siegmund, eod. loc. p. 6.

par conséquent, soumis aux dispositions générales des articles 41 et sq. C. O. comme de simples particuliers.

§ 5. Les fonctionnaires des offices de poursuites.

Les règles générales visant la responsabilité de cette catégorie de fonctionnaires sont contenues dans les articles 5, 6 et 7 de la L. P. Ces dispositions fixent la **responsabilité primaire des fonctionnaires** et la responsabilité subsidiaire du canton. Il importe de les examiner de plus près et d'étudier l'application qu'en fait le droit cantonal.

Le premier principe est celui qui est posé à l'alinéa 1 de l'article 5 et aux termes duquel «les préposés et les fonctionnaires de l'office des faillites sont responsables du dommage causé par leur faute ou par celle de l'employé qui est à leur nomination».

Les conditions objectives de la responsabilité sont donc, dans ce cas, les suivantes : tout d'abord un dommage. Celui-ci devra être, ici encore, matériel ; il ne peut s'agir d'un tort moral.[1]) Ensuite il est nécessaire que ce dommage soit la conséquence directe d'une faute commise par le fonctionnaire responsable. La gravité de cette dernière n'étant pas déterminée par la loi, on doit admettre que le fonctionnaire répond de toute faute, par conséquent même de sa faute légère. Cette faute, le fonctionnaire doit s'en rendre coupable dans l'exercice de ses fonctions et seulement «vis-à-vis d'une personne ayant un intérêt à l'accomplissement de ces fonctions».[2]) Le T. F. a admis que «le préposé retombe sous le droit commun, lorsqu'il cesse d'agir en cette qualité et qu'il n'intervient plus, dans les rapports de la vie sociale, que comme personne privée.»[3]) La troisième condition est celle ordinaire du rapport de causalité que nous avons déjà examinée ailleurs.

Au point de vue subjectif, la responsabilité vise en premier lieu le *préposé*. Par ce dernier, il faut entendre aussi bien

1) Cf. Blumenstein, op. cit. p. 56, note 38 a.
2) Jaeger, op. cit. Vol. I, p. 8.
3) A. T. F. 31, Vol. II, p. 764 et 765.

celui de l'office des poursuites que celui des faillites.[1]) Ces deux offices peuvent, d'ailleurs, être réunis en un seul en vertu de la loi fédérale (art. 4). La loi cantonale de 1891 concernant l'exécution de la L. P. pose également ce principe à son article 2 en application du droit fédéral. C'est ainsi que ces deux offices sont réunis dans tous les arrondissements du Valais et que le préposé de l'un est en même temps le préposé de l'autre. Sur ce point, le problème de la responsabilité n'est donc pas compliqué.

Plus délicate est la question de savoir si le *substitut* est également responsable. La loi fédérale ne le dit pas expressément, mais elle prévoit à l'article 2, al. 2, que le substitut «remplace» le préposé ; puisqu'il exerce donc les fonctions de celui-ci, lorsque ce dernier est récusé ou empêché, il semble bien qu'il doive répondre personnellement des fautes qu'il commet pendant ce temps. Cette règle, disons-le ici, ne peut cependant s'appliquer qu'aux substituts des préposés aux offices des poursuites ; quant à ceux des offices de faillites, on ne pourrait en dire autant en principe. C'est au droit cantonal de régler leur responsabilité.[2]) Cette considération n'offre toutefois aucun intérêt pratique pour le Valais, puisqu'on vient de voir que, dans ce canton les deux offices n'en font qu'un. Il est quand même bon de signaler ce détail pour le cas éventuel où l'autorité cantonale jugerait nécessaire de les séparer un jour.

Au sujet de la responsabilité du substitut, la loi cantonale d'exécution ne précise rien non plus ; elle pose, à son article 6, cet unique principe général : «les fonctionnaires chargés de la faillite ou de la poursuite pour dettes sont responsables du dommage causé par leur faute». Mais cette disposition paraît donc bien viser également le substitut et aussi bien le substitut de l'office des faillites que celui de l'office des poursuites puisqu'ils ne sont qu'une seule et même personne. Au surplus, une raison nous fait affirmer que le substitut doit être responsable au même titre que le préposé : la même loi oblige

1) v. Blumenstein, op. cit. p. 56.
2) Cf. Blumenstein, op. cit. p. 56. — Avis contraire : Jaeger, op. cit. p. 6.

autant le premier que le second à fournir un cautionnement, la seule différence réside dans le montant de ce dernier, montant qui est inférieur pour le substitut. Il a par conséquent été dans l'intention du législateur cantonal de considérer celui-ci comme personnellement responsable du dommage causé par sa faute. Nous préciserons toutefois que le substitut n'en répondra que s'il l'a commise en exerçant les fonctions du préposé.

En outre, il faut ajouter que le préposé ne répond pas uniquement de sa faute personnelle, mais il est encore tenu de réparer le dommage causé par la faute qu'ont commise les employés nommés directement par lui. Cette disposition est également reproduite par la loi d'exécution (art. 7, al. 2). Elle vise les employés surnuméraires. Quant à ceux qui sont désignés par l'autorité elle-même, ils répondent personnellement de leur faute, au même titre que le préposé. (L. P. art. 5, al. 2).

Le deuxième principe fondamental énoncé par le droit fédéral consiste dans la **responsabilité subsidiaire du canton.** Celui-ci «répond du dommage que les fonctionnaires ou employés responsables ou leurs cautions ne sont pas en mesure de réparer». (L. P. art. 6). Donc, si le tiers lésé ne peut être désintéressé ou s'il ne l'est qu'en partie par les fonctionnaires en défaut ou par les cautions de ceux-ci, il a toujours la faculté de s'adresser à l'Etat pour réclamer la réparation qui lui est due. Cette possibilité offre ainsi une sécurité complète aux particuliers. Ces derniers ne peuvent toutefois en user que lorsqu'ils ont au préalable poursuivi non seulement le fonctionnaire ou l'employé responsable, mais encore les personnes qui répondent pour eux en cas d'insolvabilité et lorsque ces poursuites ont été infructueuses en tout ou en partie.

Il peut se faire, en effet, et ce sera fréquent, que le fonctionnaire ne soit pas en mesure de réparer le tort matériel ; le lésé s'adressera alors à sa caution. Mais il peut arriver aussi que les sûretés réelles ou personnelles qui garantissent le fait du fonctionnaire ne soient pas non plus suffisantes. C'est dans ce cas seulement que le particulier peut faire valoir ses reven-

dications auprès de l'Etat. Celui-ci est tenu à réparation et peut l'être de deux manières : ou bien il doit réparer le dommage intégralement si les personnes qui sont responsables avant lui n'ont pu le faire en aucune mesure : ou bien il est astreint à réparer le dommage pour le montant seulement qui n'aura pas été compensé par ces personnes. Le processus de la poursuite est donc le suivant : tout d'abord, le fonctionnaire, ensuite sa caution, et en dernier lieu l'Etat. La victime du dommage sera ainsi certaine, en suivant ces divers degrés, de trouver entière satisfaction auprès de l'un ou l'autre d'entre eux.

Ce principe du droit fédéral, s'il est clair et formel, n'est cependant pas aussi rigoureux qu'on pourrait le croire à première vue. Car il n'exclut pas la faculté laissée aux cantons par l'article 61 C. O. de prévoir néanmoins que l'Etat répond en première ligne et en toutes circonstances.[1]) Ainsi, pour ceux d'entre eux que nous savons avoir choisi le système de la responsabilité primaire de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires, ce principe s'étend également aux fonctionnaires des offices de poursuites et de faillites qui sont alors déchargés de leur responsabilité directe. Il nous suffit, pour l'instant, de remarquer que le Valais ne compte pas à ce nombre.

Relativement aux employés visés à l'article 6 L. P. il convient de souligner encore, afin d'éviter toute équivoque, que ce texte ne concerne que ceux qui sont nommés par l'autorité directement. Nous avons déjà fait remarquer que le préposé répond personnellement pour le fait des employés qu'il choisit lui-même.

On peut se demander, en ce qui concerne la responsabilité subsidiaire de l'Etat, à quel moment précis elle entre en ligne de compte. La loi prévoit que le canton intervient lorsque le fonctionnaire ou sa caution ne sont pas en mesure de payer l'indemnité due en compensation du dommage. Est-il alors nécessaire que celui qui se prévaut de ce dernier soit en possession d'un acte de défaut de biens, ou suffit-il qu'il prouve d'une

1) C'est aussi l'avis de Gamser, Die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter nach dem Bundesgesetz Sch. und K., Thèse Berne 1906, p. 117 ; ainsi que de Krell, op. cit. p. 50.

manière quelconque l'insolvabilité des personnes responsables pour pouvoir attaquer l'Etat à son tour ? A cela nous répondons avec Jaeger que c'est une question de fait. «On ne peut naturellement admettre d'une façon générale que seule la date d'un acte de défauts de biens soit déterminante à cet égard : une simple déclaration de faillite doit suivant les cas être considérée comme une preuve suffisante».[1]) Au reste, il appartient au juge d'apprécier la légitimation passive de l'Etat. S'il estime que la preuve de l'insolvabilité du préposé ou de sa caution n'est pas établie à satisfaction de droit, il devra renvoyer le demandeur à mieux agir.

L'article 6 L. P. laisse d'autre part au canton la faculté de se retourner contre les circonscriptions électorales auxquelles appartenait la nomination du fonctionnaire ou de l'employé». En Valais, les préposés aux offices de faillites et de poursuites ne sont pas élus par le peuple ; ils sont nommés directement par le Conseil d'Etat. La loi cantonale d'exécution ne laisse aucunement entrevoir la possibilité pour le canton de se retourner contre les membres de cette autorité. Un décret du 17 mai 1892 désigne, il est vrai, les juges-instructeurs comme autorité inférieure et le T. C. comme autorité supérieure de surveillance des offices de poursuites et faillites ; ces deux instances peuvent se rendre coupables de négligence dans la tâche qui leur est confiée. Nous ne croyons cependant pas que l'Etat puisse exercer un recours contre eux, car ni le droit fédéral, ni le droit cantonal ne prévoient la responsabilité des autorités de surveillance des fonctionnaires de la L. P., tandis qu'ils l'ont fait pour celles d'autres fonctionnaires, notamment pour ceux dont nous avons étudié la situation plus haut. Le rôle de ces autorités de surveillance revêt d'ailleurs un caractère exclusivement administratif, comme celui du Conseil d'Etat et des inspecteurs en matière de tutelle.

La responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires des offices de poursuites et de faillites reste donc assez lourde, quoique subsidiaire. C'est pourquoi le législateur fédé-

1) Jaeger, op. cit. p. 10.

ral permet aux cantons d'exiger des sûretés de leurs fonctionnaires de la L. P. Le montant et la forme de ces sûretés sont laissés à la compétence du droit cantonal.[1])

L'action en responsabilité est une action civile ordinaire : elle peut être intentée par toute personne qui a été lésée dans ses intérêts par une faute de l'un de ces fonctionnaires. La procédure à suivre est également la procédure ordinaire : le T. F. peut être compétent pour connaître de ce genre de réclamations lorsque la valeur litigieuse atteint le montant fixé par la loi fédérale. Les décisions de l'autorité de surveillance relatives à l'existence ou à l'absence de faute du fonctionnaire ne lient pas le juge. «Il en est autrement cependant, lorsque le T. F., en sa qualité d'autorité de surveillance, a en dernière instance déclaré régulier un acte de l'office attaqué par voie de plainte. Lorsqu'une décision de ce genre n'émane que d'une autorité de surveillance cantonale, il dépendra dans ce cas des circonstances qu'elle fasse exclure l'admission d'une faute à la charge du préposé.»[2])

Il est encore indispensable d'attirer l'attention sur un point de procédure qui risque fort de passer inaperçu en pratique, mais qui peut avoir sans doute son importance. Le c. p. c. valaisan prévoit à son article 313 que tout demandeur peut être astreint à fournir des sûretés pour garantir les frais du procès, lorsque le juge ou la partie adverse le demande. Ces sûretés

1) A ce sujet, Blumenstein va encore plus loin. Il estime que c'est au droit cantonal également qu'il appartient de déterminer les personnes envers lesquelles la caution doit répondre : d'après lui, ce sera soit un particulier, soit l'Etat lui-même, *soit aussi l'un et l'autre* (op. cit. p. 61). Cet auteur laisse donc entrevoir la possibilité pour le tiers lésé de s'adresser à son gré tantôt à l'Etat directement, tantôt à la caution pour obtenir satisfaction.

Nous ne pouvons toutefois partager ce point de vue, que combat d'ailleurs assez rudement Jæger aux côtés duquel nous croyons devoir nous ranger de préférence. «L'opinion de Blumenstein, dit ce dernier, d'après laquelle le lésé pourrait à son choix actionner les cautions *ou* l'Etat, est également inconciliable avec la loi, attendu que le canton ne saurait être recherché que dans le cas et dans la mesure où les cautions mentionnées à l'article 1 ne peuvent payer. Les sûretés dont il est parlé à l'alinéa 3 doivent donc être autre chose que le cautionnement de l'alinéa 1.» (op. cit. p. 11—12).

2) Cf. Jaeger, eod. loc. p. 9.

peuvent consister en un cautionnement, une constitution de gage ou un dépôt d'argent (art. 318). Or, si ce principe est valable pour toutes les causes en général,[1]) on doit y faire exception pour l'action en responsabilité dirigée contre un fonctionnaire des offices de poursuites ou de faillites. Une circulaire du Département fédéral de Justice et Police du 17 février 1891 veut, en effet, que cette action ne soit soumise à aucune formalité spéciale, telle que enquête administrative, dépôt de sûretés, autorisation de poursuites par la voie judiciaire. Le juge ne pourra donc pas faire application de l'article 313 c. p. c. quand il s'agit de cette action.

En ce qui concerne enfin la *prescription* de l'action en dommages-intérêts, elle est spécialement prévue à l'article 7 L. P. Cette disposition est applicable aussi bien en cas d'action intentée contre l'Etat que pour l'action dirigée contre le fonctionnaire fautif.[2]) L'opinion établissant une différence et suivant laquelle l'action contre l'Etat est prescrite conformément aux règles générales doit être écartée parce que contraire à l'esprit de la loi fédérale.[3]) D'ailleurs la prescription est interrompue dès l'instant où le tiers actionne le fonctionnaire. Le demandeur a, en conséquence, tout loisir pour s'adresser ensuite à l'Etat.

---

1) Sous réserve toutefois de l'art. 314 c. p. c.
2) Cf. Blumenstein, eod. loc. p. 60.
3) C'est celle de Jaeger, op. cit. p. 12—13, qui à ce sujet encore, s'oppose à l'avis de Blumenstein qu'il trouve inadmissible. *Quot capita, tot sententiae!*

CHAPITRE II.

La législation cantonale.

L'article 362 C. O., nous le savons, déclare que «le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les employés et fonctionnaires publics». Nous avons vu de quelle manière la Confédération a réglé la responsabilité de ses fonctionnaires et avons relevé les principes importants adoptés par les législations cantonales. Le Valais, avons-nous dit, compte encore parmi les nombreux cantons qui n'ont pas de loi spéciale sur la responsabilité des fonctionnaires publics. Il s'est contenté, pour l'instant, d'en fixer la règle fondamentale dans sa constitution, sans l'approfondir dans les détails, ce qui pourtant serait nécessaire. Il existe toutefois quelques dispositions renfermées dans des lois particulières et visant, en passant, telle ou telle catégorie de fonctionnaires.

Ce sont ces dispositions dont nous allons maintenant examiner le maigre contenu. Nous verrons, en les analysant, qu'elles sont fort incomplètes et qu'elles ne peuvent suffire à régler de façon satisfaisante cette importante question de notre droit public. Tant que le législateur n'aura pas fait œuvre de créateur dans ce domaine, le juge valaisan devra avoir recours aux dispositions générales du droit fédéral pour compléter le droit cantonal et pouvoir ainsi trancher les différends qui s'élèvent si fréquemment entre les particuliers, les fonctionnaires et l'Etat.

§ 1. Le principe constitutionnel.

Le système choisi par le droit public valaisan est celui de la **responsabilité primaire du fonctionnaire** et de la **responsabilité subsidiaire de l'Etat.** Ce principe fondamental est posé **à l'article 21 de la constitution de 1907.**

Art. 21. — «Les autorités et les fonctionnaires publics sont responsables des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions.

«L'Etat est subsidiairement responsable des actes accomplis officiellement par les fonctionnaires nommés par lui.

«La loi détermine quels sont les fonctionnaires qui doivent fournir un cautionnement.»

Il importe, puisque cette unique disposition est censée tenir lieu de loi, d'en disséquer le contenu. Remarquons tout d'abord que le texte constitutionnel place sur le même pied autorités et fonctionnaires. Cette égalité de traitement se conçoit aisément, puisque tous deux, autorités et fonctionnaires, revêtent le même caractère de droit public. Les autorités, aussi bien que les fonctionnaires eux-mêmes, sont liées à l'Etat par le rapport de droit public que nous avons examiné dans notre partie générale. En vertu de leur mandat officiel, elles agissent pour le compte de l'Etat dont elles sont les hauts représentants vis-à-vis du peuple. Il est donc juste qu'elles soient appelées à répondre envers ce dernier des actes qu'elles accomplissent au nom de l'Etat souverain, actes qui seront parfois entachés d'erreurs préjudiciables, qui peuvent être arbitraires ou même aussi délictueux. Les citoyens, dont la collectivité constitue l'Etat lui-même, les particuliers dont l'ensemble forme le peuple du canton et, de ce fait, l'entité étatique, ont droit à la protection, à la sauvegarde de leurs intérêts privés. Si donc l'acte d'une autorité leur porte préjudice, cet acte doit être réparé au même taux que s'il avait été commis par un fonctionnaire. Au reste, nous avons vu que ce terme de fonctionnaire ne saurait être envisagé sous un angle étroit et qu'il englobe également les autorités publiques ou, plus exactement, les membres de celles-ci, dont l'activité ne constitue rien d'autre qu'une fonction publique.

En droit valaisan donc, les autorités répondent de leurs actes officiels au même titre que les fonctionnaires proprement dits. Ce principe paraît être absolu dans son ensemble, mais il est cependant soumis à certaines restrictions, principalement

en ce qui concerne l'autorité législative. La responsabilité des membres de cette dernière est limitée ; les députés au Grand Conseil ne répondent qu'envers l'Assemblée des discours qu'ils prononcent en séance (C. C. art. 48). Ils bénéficient de l'immunité parlementaire consacrée aujourd'hui par la presque totalité des législations. Ainsi, un particulier ne pourra poursuivre un député à raison de ses paroles injurieuses ou diffamatoires que si la haute Assemblée l'y autorise.[1])

Le texte légal précise en outre que le fonctionnaire doit, pour encourir une responsabilité comme tel, accomplir son acte dans l'exercice de ses fonctions. Il va sans dire qu'il doit agir en tant que fonctionnaire pour être soumis à cette responsabilité spéciale et que, s'il commet un acte dommageable en dehors de sa fonction, soit en tant que simple particulier, il relève du droit commun. Nous savons que c'est une condition fondamentale de la responsabilité de tout fonctionnaire et qu'elle constitue une règle générale. Le législateur a toutefois jugé bon de le prévoir formellement.

En résumé, le *premier point* à retenir du principe constitutionnel est la responsabilité primaire des autorités et fonctionnaires publics. Ce sont eux qui sont tenus en première ligne de réparer le tort commis. Cette obligation incombe à tout fonctionnaire en général.

Deuxième point capital : l'Etat est tenu en seconde ligne. Il ne peut être directement poursuivi en réparation du dommage commis par ses fonctionnaires. Sa responsabilité n'est que subsidiaire : en d'autres termes, il ne répond vis-à-vis des tiers que pour autant que ceux-ci n'ont pu être désintéressés par les fonctionnaires eux-mêmes.

1) On nous objectera sans doute que le député ne saurait être envisagé comme fonctionnaire public. Nous affirmons toutefois le contraire et prétendons qu'il doit être considéré comme tel, quand il exerce son mandat. A ce moment, il n'agit pas comme simple particulier ; son activité est intimement liée à celle de l'Etat auquel il est uni par un rapport de droit public. Le député doit donc être soumis aux dispositions de l'article 61 C. O. comme tout fonctionnaire. Voir dans ce sens A. T. F. Vol. 19, p. 851 et suiv.

Lorsque les poursuites contre ces derniers ont été infructueuses, le particulier lésé peut alors actionner l'Etat. Celui-ci est tenu de l'indemniser ; sa responsabilité du fait des actes de ses fonctionnaires, quoique subsidiaire, n'en demeure pas moins entière. Aux termes de la loi, l'Etat ne répond toutefois que des actes «des fonctionnaires nommés par lui». Que faut-il entendre par là ? Doit-on envisager uniquement les fonctionnaires qui ont été choisis directement par l'Etat ? Nous ne le croyons pas, mais pensons plutôt que l'idée du législateur a été d'accorder une certaine garantie aux particuliers lésés par les services publics et que, en conséquence, l'Etat doit répondre subsidiairement des actes de tout fonctionnaire public agissant pour son compte, que ce fonctionnaire ait été nommé directement ou non par l'autorité supérieure.

Quant à la nature de l'acte commis par le fonctionnaire, la loi ne prévoit pas que ce doit être un acte illicite. Tout acte dommageable donc,[1]) quand bien même il n'est pas contraire au droit, entraîne la responsabilité du fonctionnaire valaisan. Celui-ci répondra en principe non seulement de son dol, mais encore de sa plus petite négligence et de sa faute même légère. On voit que la responsabilité qui pèse sur lui est lourde, voire même écrasante ; cet état de chose ne relève cependant que de la grande lacune du droit cantonal. Il est, par conséquent, vivement désirable que le législateur y remédie, car ce n'est certainement pas avec intention qu'il a placé le fonctionnaire dans une situation aussi difficile.

Un *troisième point*, enfin, qui est soulevé par le principe constitutionnel, c'est la faculté laissée à l'Etat d'exiger des cautionnements de la part de ses fonctionnaires. Nous avons déjà vu que le canton en a fait application pour certains d'entre eux. Il l'a fait pour d'autres encore, dont il est superflu de faire ici l'énumération détaillée. Ce qu'il importe de retenir de cette disposition, c'est son but. Le législateur, en la fixant, a voulu donner une garantie de plus à l'Etat. Par le fait que

1) Nous savons que cet acte peut être un acte proprement dit ou consister en une omission ; cfr. supra.

ce dernier est tenu de répondre pour ses fonctionnaires insolvables, il court de grands risques, car il est certain que le fonctionnaire sera plutôt rarement en mesure de réparer lui même le tort commis. En exigeant de lui des sûretés, l'Etat restreint considérablement l'étendue du péril auquel il se trouve exposé. Il fait partager la lourde charge que lui impose la loi à de tierces personnes dont il aura à s'assurer de la solvabilité, s'il veut mettre à l'abri du danger les deniers publics. C'est donc un devoir de l'Etat de n'accepter que des cautions sûres.

L'obligation pour un certain nombre de fonctionnaires de fournir un cautionnement en entrant en charge offre ainsi diverses modalités au processus de l'action. Le tiers lésé par l'acte du fonctionnaire, lorsqu'il aura dirigé contre ce dernier des poursuites qui sont demeurées infructueuses, pourra, à son choix, actionner soit la caution, soit l'Etat en réparation du préjudice subi. S'il actionne la caution et que celle-ci n'est, à son tour, pas en mesure de réparer le dommage causé par le fonctionnaire dont elle garantit le fait, il peut s'adresser en dernier lieu à l'Etat qui est tenu de l'indemniser équitablement. Mais ce particulier a aussi la possibilité d'actionner directement l'Etat, après avoir poursuivi sans résultat le fonctionnaire. Du fait de sa responsabilité subsidiaire prévue formellement par la Constitution, l'Etat ne peut se prévaloir de l'existence d'une caution ; il doit tout d'abord réparer, mais il a toutefois la faculté de se retourner, de son côté contre la dite caution pour tenter d'obtenir d'elle le paiement de la somme qu'il a versée en réparation du tort causé par le fonctionnaire. Le tiers lésé peut, en conséquence, choisir diverses voies. Quoi qu'il en soit cependant, le fonctionnaire est et demeure responsable en première ligne et l'Etat en dernier lieu vis-à-vis des particuliers.

Quant à la personne à l'égard de laquelle le fonctionnaire répond, le texte constitutionnel ne prévoit rien non plus. Il faut donc admettre qu'il est responsable tant vis-à-vis de l'Etat lui-même que vis-à-vis des tiers. Si la victime du dommage se trouve être l'Etat, celui-ci peut, il va sans dire, poursuivre son fonctionnaire et exiger de lui la réparation intégrale du pré

judice causé par lui à la communauté étatique. Pareillement, dans le cas où ce fonctionnaire n'est pas capable de le désintéresser à satisfaction de droit, l'Etat peut s'adresser à sa caution.

En ce qui concerne la nature du dommage, nous nous trouvons toujours en présence du même mutisme légal. L'article 21 C. C. dispose uniquement que les fonctionnaires répondent de «leurs actes» : ils sont donc responsables de tout dommage qui en résulte. Il y a, par conséquent, tout lieu de croire qu'ils sont tenus de réparer aussi bien le tort moral que le tort matériel. Les motifs qui nous faisaient admettre le contraire pour les fonctionnaires dont la responsabilité est prévue par le droit fédéral ne sauraient être valables ici. Etant donné qu'il appartient au droit public cantonal de régler la responsabilité de ses fonctionnaires – sauf les normes prévues explicitement pour certains d'entre eux par le C. C. S. — et que la constitution valaisanne a posé un principe, c'est sur ce dernier qu'on doit s'appuyer. Or le législateur valaisan veut que le fonctionnaire réponde de tous ses actes : son intention a donc été de le forcer à réparer tout dommage résultant de l'exercice de ses fonctions. En conséquence, il faut supposer qu'il a visé l'étendue entière de ce dommage et qu'il n'a pas voulu en exclure le tort moral.[1]) Au demeurant, il appartiendra au juge de se prononcer dans chaque cas particulier en appréciant librement le degré du rapport de causalité.

Enfin, relativement à *l'action* en responsabilité, nous savons déjà à qui elle appartient ; elle n'est soumise à aucune forme ni à aucune condition spéciales. Ce sont les instances ordinaires qui sont compétentes et la procédure ordinaire éga-

1) Le T. F. appelé à interpréter le terme «dommage» de la loi fribourgeoise de 1850 sur la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires, lui donne également un sens élargi : «la loi fribourgeoise du 5 octobre 1850, il est vrai, porte simplement que l'Etat est responsable du dommage causé par le dol et par la faute grave de ses fonctionnaires et elle ne spécifie pas ce qu'on doit entendre par le terme *dommage*, mais le T. F. a déjà eu l'occasion (v. notamment arrêt du 9 décembre 1887 Python c. Fribourg et R. O. II, 515), de définir ce terme, et il a jugé qu'il comprend aussi bien le dommage moral que le dommage matériel.» **Praxis B. G. Vol. 1, p. 82 sq.**

lement qui doit être appliquée. Le législateur a cependant tout loisir de faire des exceptions aux règles générales et d'édicter des mesures particulières à l'action intentée contre des fonctionnaires ou contre une certaine catégorie d'entre eux. Tant qu'il ne l'a pas fait de façon expresse, on ne peut envisager aucune dérogation aux principes du c. p. c.

Comme on peut s'en rendre compte, notre législation fonctionnelle est donc bien pauvre. Le seul principe constitutionnel dont nous venons de détailler la structure est d'une insuffisance notoire. Son manque de précision sur tant de points fait de lui un texte qui permet aux profanes de dire que la loi est élastique ; son interprétation n'est en tous cas pas très aisée. Il est évident qu'une loi spéciale sera appelée tôt ou tard à combler ces immenses lacunes qui rendent la tâche du juge si difficile. Mais, en attendant, ce dernier ne peut y suppléer qu'avec beaucoup de peine en espérant, à chaque occasion, se trouver en présence de normes précises qui lui permettront de s'appuyer enfin sur une base solide et sûre.

Il est vrai que le législateur a tenté de parer à ce gros inconvénient en édictant quelques dispositions particulières à l'une ou l'autre fonction publique. Le rapide examen que nous allons en faire maintenant montrera à quel point elles sont impuissantes à résoudre le problème de la responsabilité du fonctionnaire public valaisan.

§ 2. *Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire.*

L'article 64, al. 3, C. F. dispose que «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.

Dans un arrêt assez récent, le T. F. soulève la question de savoir si, en vertu de ce texte, il appartient également aux cantons de fixer la responsabilité de leurs fonctionnaires judi-

ciaires : «L'on peut se demander, dit cet arrêt,[1]) si la réglementation de la responsabilité des juges et autres fonctionnaires de la justice n'est pas une question d'organisation judiciaire et si elle n'est pas dès lors expressément réservée au droit cantonal, d'où il faudrait conclure que le droit civil fédéral n'est pas applicable . . Mais le T. F. ne se prononce cependant pas sur cette question qu'il n'a pas été appelé à trancher dans le cas donné et qui, cela paraît hors de doute, doit être résolue par l'affirmative. Du moment, en effet, que ce même droit fédéral, à l'article 362 C. O. veut que le droit public des cantons soit réservés pour les fonctionnaires publics, il n'y a pas de raison pour excepter de ceux-ci les fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Il est vrai que le législateur civil fédéral s'est immiscé, comme on a pu le voir, à l'organisation de certaines fonctions cantonales ; il s'est même occupé de régler directement la responsabilité des titulaires de ces fonctions, quoique ces derniers relèvent, en principe, du droit public cantonal. On doit reconnaître qu'il avait le droit — puisqu'il a voulu unifier divers services publics dans l'intérêt de la collectivité, — de compléter ainsi ces normes de droit privé : et puisqu'il peut confier l'exécution de ces services aux cantons, il peut le faire avec certaines restrictions.[2])

Toutefois, la législation fédérale n'est intervenue en aucune façon dans le domaine de l'organisation judiciaire cantonale, qu'elle a confié aux cantons exclusivement, et ne contient aucune disposition relative à la responsabilité du juge. C'est donc aux cantons seuls qu'il appartient de réglementer leur procé-

1) Arrêt de Lavallaz c. Imboden et de Chastonay, 25 sept. 1928 ; A. T. F. Vol. 54, II, p. 364.

2) «Als notwendige Ergänzungen seiner privatrechtlichen Institute hat der Bundesgesetzgeber eine Reihe organisatorischer Bestimmungen getroffen, z. B. über die verschiedenen Register mit den dazu angehörigen Behörden, die vormundschaftliche Aufsicht, die Schätzung der Grundstücke, die öffentliche Beurkundung, die Bodenverbesserungen, u. a. m. Da der Bund die Ausführung den Kantonen überlassen kann, wie es in der Schweiz Uebung ist, kann er sie ihnen auch mit den erforderlichen Einschränkungen überlassen ; z. B. mit der Auflage, dass die mit eidgenössischen Aufgaben betrauten kantonalen Beamten oder die Kantone selbst für die Folgen mangelhafter Amtsführung haften.» Burckhardt, Commentaire, ad art. 64 C. F., p. 588—589.

dure, de déterminer leurs diverses instances, de choisir leurs juges et tous leurs fonctionnaires de l'ordre judiciaire. C'est, par conséquent, à eux aussi qu'il appartient de régler la responsabilité de ceux-ci. Et si le canton a édicté des mesures spéciales à ce sujet, le droit fédéral, ou plutôt les normes générales du droit fédéral ne sauraient être applicables à cette catégorie de personnes, à moins toutefois que ces mesures cantonales soient insuffisantes et qu'elles éprouvent le besoin d'être complétées, ce qui est le cas pour le canton du Valais.

Ce dernier, en application probablement de la règle fondamentale qu'il a posée concernant la responsabilité de tout fonctionnaire public, a voulu préciser celle des fonctionnaires judiciaires. C'est ainsi que son c. p. c. fixe à l'article 300 le principe suivant : «Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire sont responsables du dommage qu'ils causent aux parties ou à des tiers par leur dol ou leur négligence».

En vertu de ce texte, le juge est en conséquence tenu de réparer tout dommage dont il se rend coupable, que ce soit donc un dommage matériel ou un tort moral.[1]) En outre, il doit cette réparation non seulement aux personnes directement intéressées au procès qu'il est appelé à trancher, mais encore à celles qui, sans participer à ces débats, peuvent être lésées dans leurs intérêts moraux ou matériels par la mauvaise conduite de ce procès. Ce sont là deux points nettement acquis.

Mais ce que ce texte ne fixe pas, c'est la *gravité de la faute* que doit commettre le fonctionnaire pour être reconnu responsable. S'il se rend coupable d'un dol, c'est-à-dire si l'élément intentionnel accompagne l'acte dommageable, il va de soi que le fonctionnaire doit en répondre aussi bien que tout particulier qui accomplit sciemment une action nuisible. Si, au contraire, le dommage résulte d'une simple négligence du fonctionnaire, faut-il que celui-ci soit tenu dans tous les cas ou doit-on retenir seulement la faute grave ? Voilà ce que l'article 300 c. p. c. ne précise pas. Il est donc nécessaire de compléter cette

1) Ceci pour les mêmes raisons que nous avons exposées en commentant le principe constitutionnel.

disposition par celles générales du droit fédéral. Dans ce cas, le fonctionnaire répond indiscutablement de toute faute, même légère.

Ce principe si rigide n'est pas autre chose que la conséquence du manque de précision de la loi cantonale. S'il doit être appliqué sans réserve aux fonctionnaires judiciaires tels que le greffier, l'huissier, il semble cependant qu'on ne peut loyalement se montrer si sévère à l'égard du juge dont les fonctions sont si délicates. La charge dont ce dernier est investi le met le plus souvent dans une situation extrêmement pénible qu'il est opportun de ne pas oublier. C'est pourquoi les membres d'un tribunal appelés à se prononcer sur la culpabilité de l'un de leurs collègues devront faire preuve de beaucoup de compréhension ; leur souci de l'impartialité ne devra pas exclure, dans de telles circonstances, un devoir moral qui s'impose impérieusement à eux : celui d'agir avec une infinie circonspection. Au reste, le T. F. l'a très bien compris et a fait preuve, à plus d'une reprise, d'une grande libéralité. Témoin cet arrêt que nous avons cité tout à l'heure et dans lequel le T. F., après avoir exposé l'intransigeance du principe légal, conclut : «Toutefois, étant donné la position et la tâche du juge, la fréquente complexité des questions soulevées par les procès, et les difficultés souvent très grandes de l'établissement des faits, l'on devra se montrer particulièrement exigeant en ce qui concerne la preuve de la faute ou de la négligence. Il importe en première ligne de distinguer les cas où le juge se rend coupable, par négligence, d'une violation flagrante des prescriptions claires et impératives de la loi ou des devoirs primordiaux de sa charge, de ceux où il commet une simple erreur d'interprétation ou d'appréciation. Dans les questions d'appréciation, notamment, il ne peut y avoir faute que si le juge abuse manifestement de son pouvoir».[1])

La coutume veut que l'on s'appuie sur la jurisprudence. Bien qu'on fasse malheureusement un usage parfois exagéré de

1) Arrêt du 25 septembre 1928, de Lavallaz c. Imboden et de Chastonay, eod. loc., p. 365—366.

cette habitude judiciaire, les considérations que nous venons de relever ne sauraient trop servir d'exemple. On se montrera certes très avisé en s'y référant, parce qu'elles sont rationnelles et, plus encore, fort sages.

L'action dirigée contre les magistrats ou fonctionnaires de l'ordre judiciaire, et tendant à la réparation causée du fait de leur faute, est une action civile ordinaire. Lorsqu'il s'agit d'une simple plainte administrative contre un juge, elle doit être adressée à l'instance immédiatement supérieure ; si cette plainte est donc formulée contre un juge de commune, le juge-instructeur est compétent pour la trancher et, si elle l'est contre un juge-instructeur, c'est le Tribunal cantonal (art. 295 et suiv. c. p. c.). Ce dernier ne connaît pas, comme tel, d'autorité de répression. A remarquer encore que, si cette plainte est jugée téméraire, le plaignant peut être condamné à une amende. (Art. 298).

L'ancien c. p. c. prévoyait à son article 599 un système spécial permettant au tiers lésé de poursuivre en justice le magistrat de l'ordre judiciaire dont la faute lui avait causé un préjudice : c'était la *prise à partie*. Aujourd'hui, ce système a été aboli par le nouveau c. p. c. et c'est, en conséquence, la procédure ordinaire qui est applicable.

§ 3. Les membres du pouvoir exécutif.

Le chapitre de la Constitution cantonale concernant le pouvoir exécutif et administratif contient un article 54 ainsi conçu : «Le Conseil d'Etat est responsable de sa gestion ; il en rend compte annuellement au Grand Conseil et lui soumet en même temps un inventaire complet et détaillé de la fortune publique.»

Faut-il voir dans le principe ainsi énoncé une disposition fondamentale établissant la responsabilité générale et directe du Conseil d'Etat *in corpore* ? Nous ne le croyons pas.[1]) Ce

1) A ce sujet, voir plus bas, dans ce même paragraphe.

texte signifie plutôt, à notre avis, que le Conseil d'Etat doit en tout temps pouvoir rendre compte de son administration. Le peuple qui l'a choisi a le droit d'être éclairé sur la manière dont il dirige la chose publique : il peut demander des précisions sur chaque point de sa gestion et le fait par l'intermédiaire de ses représentants, les députés au Grand Conseil. Ces derniers exercent une surveillance étroite sur le Conseil d'Etat dont ils peuvent approuver ou désapprouver l'activité. Lorsque celle-ci dénote une mauvaise administration et qu'elle révèle des faits qui ont été de nature à porter préjudice soit à l'Etat, soit à des particuliers, elle peut donner lieu à des poursuites tant pénales que civiles. Ces poursuites ne pourront toutefois être dirigées contre le Conseil d'Etat en bloc, mais devront l'être contre le ou les membres coupables.

Le texte de cet article 54 est donc bien vague ; à l'égal du principe constitutionnel visant la responsabilité des fonctionnaires publics, il a besoin d'être élargi et complété par une loi spéciale. Cette dernière n'existe pas encore. Toutefois, si l'on remonte bien haut dans les recueils de la législation cantonale, on trouve une loi qui était destinée à l'exécution de l'article 37 de l'ancienne Constitution. C'est la loi du 21 mai 1840 sur la responsabilité du Conseil d'Etat. Bien que sa grande vétusté la fasse s'estomper de jour en jour davantage, et que son but ne puisse se trouver en corrélation directe avec le principe de la constitution actuellement en vigueur, il importe d'en rappeler ici le contenu, ou tout au moins d'en souligner l'essentiel.

Cette loi dispose à son article 1er que «la responsabilité du Conseil d'Etat peut donner lieu à une action pénale ou à une action en dommages-intérêts». Nous n'avons pas à examiner la première. En ce qui concerne donc l'action civile, ce texte légal, bien que si ancien, est beaucoup plus complet que n'importe quelle disposition cantonale récente.

Son article 15 contient les conditions essentielles de la responsabilité des membres du Conseil d'Etat, conditions que nous résumerons comme suit : en premier lieu, cet article précise que

les membres du pouvoir exécutif peuvent se rendre responsables soit vis-à-vis de l'Etat, soit vis-à-vis des tiers ; ils peuvent être actionnés «lorsque l'Etat ou un citoyen aurait éprouvé un dommage évident . .» En outre, il précise également que l'acte dommageable doit avoir été accompli dans l'exercice des fonctions, «condamnation à des dommages-intérêts . . pour faits relatifs à leurs fonctions».

Puis, fait intéressant, cette disposition détermine de façon claire la nature de l'acte qui entraîne la responsabilité et laisse entrevoir exactement le degré de la faute : il faut que le dommage subi par la personne lésée soit la conséquence «a) de l'acte qui aurait donné lieu à une condamnation pénale, b) ou de la violation manifeste d'une loi ou d'un décret.» Pour pouvoir être reconnu civilement responsable, le Conseiller d'Etat doit donc avoir commis un acte délictueux réprimé par la loi pénale ou avoir violé la loi de façon manifeste, autrement dit, s'être rendu coupable d'une faute lourde. La simple faute ou la faute légère ne pourra, en conséquence, jamais entraîner sa responsabilité.[1]) Ici, au moins, nous savons à quoi nous en tenir sur ce point.

Un autre principe important, posé par cette loi, c'est celui qui exclut la possibilité d'actionner le Conseil d'Etat *in corpore*. La personne lésée ne peut faire valoir ses droits que contre le ou les membres responsables. Le Conseil d'Etat, comme tel, est invulnérable. Seuls ses membres peuvent être poursuivis individuellement en justice. «Il n'existe entre eux d'autre solidarité que celle qui peut résulter de leur participation à un fait commun, selon les règles du droit.»[2])

A noter aussi que, lors bien même que le dommage[3]) serait le résultat pur et simple d'une délibération du Conseil d'Etat, ce dernier demeure, malgré tout, intangible. Toutefois, les

1) Le T. C. a en effet reconnu de façon formelle, dans un arrêt du 11 août 1876, que les membres du Conseil d'Etat ne pouvaient être rendus responsables qu'en cas de «violation manifeste et volontaire d'une loi ou de faute lourde».

2) Loi citée, art. 2. On remarquera l'agréable clarté de ce vieux texte.

3) Celui-ci peut donc consister en un tort moral.

membres du Conseil d'Etat peuvent toujours être recherchés individuellement du fait de la délibération incriminée. Ils sont censés avoir tous pris part à celle-ci, sauf qu'ils ont la faculté de fournir la preuve libératoire du contraire (art. 3).

Une dernière particularité de cette loi, qui est assez curieuse pour être relevée, réside dans la prescription spécialement prévue pour l'action en responsabilité dirigée contre les membres du Conseil d'Etat. L'article 19 établit qu'elle est de deux ans à dater de «l'acte qui donnerait lieu à la poursuite».

Et maintenant il s'agit de résoudre un important problème: celui de savoir si la loi de 1840 est encore applicable. D'aucuns prétendent que ce n'est pas le cas. On s'est posé maintes fois cette question à l'occasion d'un récent litige dont nous nous abstenons de citer les intéressés eu égard aux circonstances tragiques qui ont d'ailleurs enrayé son dénouement. Doit-on admettre que cette loi, vieille de près d'un siècle, est toujours en vigueur ? A l'encontre de l'opinion de plusieurs juristes du canton, nous répondons sans hésiter : oui.

En effet, sauf peut-être quelques dispositions de procédure, la loi de 1840 ne renferme aucun principe qui soit en contradiction avec la législation qui lui est postérieure. Elle ne déroge en rien à l'article constitutionnel actuel visant la responsabilité du Conseil d'Etat et qui a remplacé l'article 37 de l'ancienne constitution. De même, elle n'est aucunement contraire au principe constitutionnel réglant la responsabilité des fonctionnaires publics ; bien plus, elle s'harmonise parfaitement avec lui et ne fait que le compléter sur un point. Le droit fédéral, encore moins, ne saurait l'avoir abolie ; au contraire, il cède entièrement le domaine spécial de la responsabilité des fonctionnaires aux cantons ; ce n'est donc pas lui qui pourrait avoir supprimé un tel texte qui, pour l'instant, tient lieu de loi d'exécution de l'article 54 C. C.

Il peut tout au plus se faire que la loi de 1840 sur la responsabilité du Conseil d'Etat contienne des dispositions de procédure qui ne sont plus en accord avec le c. p. c. actuel.[1])

1) Elle en renferme également qui sont en contradiction avec celles du c. p. p.

Mais alors, seules ces dispositions sont abrogées aujourd'hui. Quant à celles qui posent le principe même de la responsabilité des membres du pouvoir exécutif, elles demeurent en force sans contredit et aussi longtemps qu'elles n'auront pas été abrogées à leur tour et de façon formelle.

§ 4. Les organes de la Banque Cantonale.

Un premier point à élucider est celui de savoir si l'on doit classer les organes de la B. C. parmi les fonctionnaires publics ou s'il ne faut pas plutôt les ranger dans la catégorie des employés privés. Quelle est leur situation ? Pour pouvoir répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner tout d'abord la situation de la Banque elle-même.

Bien qu'étant une personne morale distincte de l'Etat proprement dit,[1]) la Banque Cantonale ne se trouve pas moins unie à ce dernier par des liens étroits. C'est l'Etat qui l'a fondée et dotée d'un capital. C'est l'Etat qui exerce sur elle la haute surveillance, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat et du Grand Conseil. C'est l'Etat qui nomme les organes de la Banque : conseil d'administration, comité de direction, directeur et censeurs. Toutes ces circonstances font de la Banque une personne morale de droit public . . .[2]) La B. C. ne saurait donc être assimilée à un établissement de droit privé, dont l'existence est complètement indépendante de l'Etat qui ne s'immisce en rien à son organisation intérieure. Elle dépend directement de l'Etat et constitue par son but et ses moyens un des nombreux rouages de l'administration étatique cantonale. D'ailleurs, le décret du 19 mai 1916 concernant son établissement le laisse clai-

1) Le décret du 19 mai 1916 concernant l'établissement d'une Banque cantonale dit en effet à son art. 3 : «Cet établissement est distinct de l'Etat et a qualité de personne morale.»

2) A. T. F. du 9 novembre 1927, Etat du Valais et B. C. c. Héritiers de J. Roten et consorts, p. 30. Cet intéressant arrêt qui fait l'objet d'un fascicule de plus de cinquante pages, n'est publié qu'en partie dans le R. O. Vol. 53, II, p. 408 sq. Il nous a été donné de prendre connaissance de cette brochure spécialement éditée à l'intention des parties — grâce à l'amabilité de M. le Dr J.-J. Roten, avocat, à Sion, que nous profitons de remercier ici.

rement entrevoir, puisqu'il prévoit à l'article 4 que «l'Etat garantit subsidiairement les engagements de la Banque.

Si l'on arrive ainsi à considérer que la B. C. est une personne morale de droit public, on doit aussi admettre, par voie de conséquence, que les personnes qui contribuent à exercer son activité sont des fonctionnaires publics, ou tout au moins, que leur situation est assimilable à celle des fonctionnaires publics.

En effet, les organes de la Banque ne sont pas liés à cette dernière par un simple contrat de droit privé. Ils sont nommés par les pouvoirs publics. Leur statut relève des règlements et des décrets, qui fixent la durée de leurs fonctions ; ils sont contrôlés par le Grand Conseil qui exerce cette surveillance par l'intermédiaire du Conseil d'Etat (art. 10 du décret). Il faut donc conclure que «les membres de l'administration supérieure de la Banque sont dans un rapport de droit direct avec l'Etat, et ce rapport est celui de fonctionnaires, ou du moins un rapport analogue. Ils répondent de leur gestion envers l'Etat.»[1])

Le T. F. a fait une distinction entre les organes supérieurs, qui sont nommés directement par les autorités, et les simples employés dont la nomination appartient au Conseil d'administration. Comme tels, les premiers répondent vis-à-vis de l'Etat, tandis que les seconds ne répondent que vis-à-vis de la Banque. Quoi qu'il en soit, on doit, à notre avis, considérer aussi bien les uns que les autres comme des fonctionnaires publics. Il importe toutefois de relever que, indépendamment du rapport qui unit les organes de la B. C. à l'Etat lui-même, il en existe un qui les unit à la Banque en tant que personne morale de droit public. A l'égard de cette dernière, ils peuvent

1) Arrêt cité, p. 31 de la brochure — La Cour d'Appel du Canton de Fribourg, dans un arrêt Brunisholz c. Banque de Fribourg, des 28 mai et 2 juin 1913, assimile également à des fonctionnaires publics les organes de la Banque d'Etat fribourgeoise, dont la situation est analogue à la B. C. valaisanne. D'après cet arrêt, le statut du personnel de la Banque d'Etat est identique à celui des fonctionnaires publics, parce qu'il est réglé par «les lois et arrêtés de droit public, de telle façon que la nomination aux dites fonctions apparaît comme un acte émanant de l'autorité exécutive agissant comme organe de la souveraineté de l'Etat.»

être considérés comme des mandataires chargés de veiller à ses intérêts et à sa bonne marche.

Mais cela n'empêche pas que les organes de la B. C. relèvent du droit public. C'est à ce dernier exclusivement que doit être soumise leur responsabilité du fait de leur situation particulière. Or le droit public cantonal ne contient à ce sujet que des dispositions d'ordre général. C'est ainsi que le décret de 1916 se borne à déterminer le rôle et les attributions des différents organes et à astreindre ceux-ci au secret professionnel (art. 20). Le règlement d'exécution du 23 mai 1918 revisé est à peine plus explicite : l'article 48 ne fait que parler de la responsabilité des organes et l'article 93 de celle des suppléants de la Commission de Banque : l'article 99 exige un cautionnement de la part du directeur et du sous-directeur. Ce ne sont là que des notions fort vagues, mais qui impliquent pourtant l'idée de responsabilité. En ce qui concerne toutefois les agents, le règlement se montre plus complet. Il prévoit qu'ils sont responsables du personnel choisi par eux (art. 103). En outre il détermine de façon précise leur situation vis-à-vis de la Banque: les agents sont les mandataires de celle-ci ; «ils répondent de leurs obligations selon les règles du mandat .[1]) Enfin, l'article 107 dispose que les agents doivent réparer le dommage «causé par leur faute, leur négligence ou leur imprudence, par l'inobservation des règlements ou des prescriptions qu'ils ont reçus.»

A elles seules, ces dispositions sommaires ne peuvent cependant suffire à régler la responsabilité des organes de la B. C. Elles doivent donc être complétées par le principe général du droit public cantonal réglant la responsabilité de tout fonctionnaire public. Or, nous avons vu que ce principe est lui-même insuffisant. Que faire alors ? L'unique solution consiste à recourir aux normes du droit civil fédéral et d'appliquer ces dernières à titre supplétif.

Dans le cas présent, ce sont les dispositions du C. O. relatives à la responsabilité du mandataire qui feront règle. Les organes de la B. C. sont donc, à teneur de l'article 398, al. 2, C. O. responsables de la bonne et fidèle exécution de leur mandat.

1) Règlement art. 106.

D'autre part, la responsabilité du mandataire étant soumise aux mêmes règles que celle de l'employé lié par un contrat de travail (art. 298, al. 1), ces organes sont tenus, aux termes de l'article 328, al. 1, C. O., «d'exécuter avec soin le travail promis. Ils répondent du dommage qu'ils causent au mandant ou à l'employeur, en l'occurence l'Etat ou la Banque, avec intention, par négligence ou par imprudence (art. 328, al. 2).

Quant à la mesure de diligence qu'ils doivent vouer, le droit fédéral veut qu'elle soit déterminée par le contrat. Nous n'avons pas ici de contrat à proprement parler, bien que l'on puisse considérer que les organes de la B. C. sont liés à l'Etat par une sorte de contrat de droit public. En conséquence, il faut admettre avec le T. F. que, pour ces fonctionnaires, cette mesure «se détermine essentiellement d'après le rôle confié à l'organe à teneur des décrets et des règlements».[1]) Sur ce point au moins, ceux-ci ne manquent pas de précision.

§ 5. Les notaires.

Ici aussi, il convient de se poser cette question préliminaire : le notaire est-il un fonctionnaire public. A première vue, on pourrait croire que non, car il semble exercer pour son compte personnel une profession pareille à toutes les professions libérales : les rapports qui existent entre lui et les particuliers peuvent paraître relever du droit privé. Le fait que les particuliers confient leurs intérêts au notaire et le chargent de stipuler pour eux certaines transactions évoque, il est vrai, les notions du contrat de droit privé, ou, plus spécialement, du mandat.

Cependant, il ne faut pas oublier que le notaire, bien que son activité soit en fait exclusivement personnelle et qu'il l'exerce en dehors de tout service de l'Etat, est revêtu par ce dernier d'un certain caractère d'officialité. L'intervention d'un notaire qui, lui, est certainement une personnalité officielle, constitue en elle-même un phénomène du droit administratif, soit de

1) A. T. F. cité, Valais c. hoirs Roten, p. 34 du fascicule.

droit public : c'est ce droit qui dira si et à quelles conditions le notaire doit prêter son ministère à un particulier ou le lui refuser.»[1] L'Etat octroie au notaire certaines compétences administratives, lui impose des obligations qui lui sont particulières ; il le choisit spécialement pour accomplir une catégorie d'actes qui ne sauraient, en raison de leur but et de leur importance, être confiés à de simples particuliers et que le notaire peut seul rendre valides. Le notaire n'est donc pas un personnage ordinaire qui règle ses occupations à sa guise. Son rôle est déterminé nettement par l'Etat qui surveille son activité et qui met cette dernière au service de la collectivité. Etant soumis à des règles qui lui sont propres et qui sont fixées par les pouvoirs publics, le notaire relève du droit public au même titre qu'un fonctionnaire.

C'est tout au moins le cas pour le notaire valaisan.[2] Celui-ci, aux termes de l'article 47 L. A. est l'officier public préposé à la réception des actes authentiques. Or l'authenticité est précisément la forme qui donne à l'acte son caractère officiel. Cette même loi prévoit en outre que le notaire est une des personnes qualifiées pour légaliser les signatures, (art. 52) parle de «sa compétence» et des «devoirs de sa charge». Toutes ces considérations nous amènent à conclure avec le T. F. que «le notaire valaisan est sans contradiction possible un fonctionnaire et ce, d'après ses attributions, ses fonctions, ses obligations qui sont nettement déterminées dans la loi de 1896. Quand il stipule, il n'est pas lié avec son client par un contrat de droit privé, mais il exerce tout simplement une mission que lui a confiée l'Etat».[3]

Sa responsabilité est réglée, en conséquence, non point par les dispositions du droit privé fédéral, mais par celles du droit

1) Roguin, op. cit. T. III, p. 588.

2) Neumeyer prétend même que tout notaire, à quelque canton qu'il appartienne et quelle que soit la situation dans laquelle on le place, exerce une fonction publique. «In den meisten Staaten ist er ohne weiters Beamter. Aber auch da, wo er nach seiner persönlichen Stellung einem freien Beruf angehört, wie in einigen Kantonen der Schweiz, bedeutet seine Tätigkeit inhaltlich die Ausübung eines öffentlichen Amts.» op. cit. t. II, p. 278, note 1.

3) A. T. F. Vol. 49, II, p. 434.

public cantonal. En termes plus précis ce ne sont pas les articles 41 et suiv. C. O. qui doivent lui être appliqués, mais bien la loi du 4 mars 1896 sur le notariat, loi sur laquelle s'appuie le T. F. dans l'arrêt précité.

A teneur de l'article 35 de dite loi, les notaires sont civilement responsables des fautes et des négligences qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions». Ils doivent donc réparer tout dommage qui est résulté de leur faute si minime soit-elle. C'est sans doute avec intention que le législateur s'est abstenu de préciser la gravité de cette dernière, abstention qui fait admettre que la responsabilité du notaire sera engagée même en cas de faute légère. Il s'est montré d'une grande sévérité pour le motif que l'exercice de ces fonctions, qui exigent des connaissances étendues, est souvent gros de conséquences. Le notaire doit vouer une attention soutenue à l'accomplissement de sa tâche : la plus petite erreur, la moindre inadvertance peuvent causer des dommages considérables. La menace sourde de sa responsabilité qui est suspendue sur sa tête, telle l'épée de Damoclès, doit l'obliger à veiller à la confection rigoureusement exacte des actes qu'il est appelé à stipuler. C'est ainsi que seront protégés les intérêts des particuliers à lui confiés.

Afin que ces derniers soient sauvegardés d'une manière efficace, la loi de 1896 exige de la part du notaire un cautionnement à fournir au moment de son entrée en fonctions. Les conditions que doit remplir ce cautionnement sont également strictes, ce qui fait présumer de l'extrême délicatesse de cette charge : il doit être donné solidairement «par deux personnes n'exerçant ni le notariat, ni d'autres fonctions pour lesquelles un cautionnement est exigé par la loi. Ces cautions doivent être domiciliées dans le canton et individuellement solvables pour le montant du cautionnement (art. 37). De plus, l'acte de cautionnement doit être accompagné d'une déclaration de solvabilité émanant de l'autorité compétente et être renouvelé tous les dix ans, faute de quoi la patente du notaire est retirée. De même, en cas de faillite, de décès ou d'interdiction de l'une des cautions, le notaire doit en procurer une nouvelle.

Les cautions répondent donc du dommage que le notaire n'a pas pu réparer personnellement. Il peut toutefois se produire, malgré les exigences de la loi, que ni l'une ni l'autre d'elles ne soit en mesure de désintéresser le tiers lésé. Dans ce cas, le principe général de la constitution devient applicable et, à notre avis, l'Etat est tenu en dernier lieu, puisqu'il répond subsidiairement du dommage causé par ses fonctionnaires. Pareillement, lorsque le notaire est insolvable, et que le montant de l'indemnité à verser dépasse celui garanti par les cautions, l'Etat est tenu de réparer pour le surplus.

Le notaire ne sera pas forcément toujours seul responsable : l'article 36 de la loi que nous examinons prévoit un cas de solidarité : C'est celui où il a prêté son ministère pour la stipulation d'un acte dans lequel les parties ou l'une d'elles se seraient rendues coupables d'un délit ou d'une contravention à une loi pénale ou fiscale. Indépendamment de la condamnation pénale qu'il encourt du fait de sa complicité, il peut être tenu solidairement avec la ou les parties coupables à la réparation civile. Nous envisageons, en outre, une seconde possibilité de responsabilité solidaire : lorsque deux notaires ont collaboré à la confection d'une copie d'acte, c'est le cas de la *collation* — et qu'ils ont commis une faute en le faisant, ils répondent solidairement de cette dernière.

Ainsi qu'on a pu en juger, la responsabilité du notaire valaisan est lourde, très lourde même. C'est pourquoi nous estimons nécessaire de faire en sorte que le notaire lui-même soit protégé de façon plus efficace, en même temps d'ailleurs que les particuliers qui sont obligés d'avoir recours à lui, contre le péril auquel le législateur l'expose. L'organisation du notariat laisse beaucoup à désirer en Valais. Les conditions de capacité requises pour acquérir cette qualité d'officier public sont tout à fait insuffisantes. On accède trop facilement à cette charge dont le public paraît méconnaître l'importance. C'est là un danger commun qu'il faut tôt ou tard écarter en édictant des dispositions qui permettent à la société d'avoir dans le notaire toute la confiance à laquelle il doit avoir droit.

SECTION II.

La responsabilité du fonctionnaire valaisan à défaut de loi spéciale.

CHAPITRE III.

Le statut actuel.

Les pages qui précèdent nous ont permis d'examiner de près les quelques dispositions touchant la responsabilité du fonctionnaire valaisan et de constater à loisir la carence de notre droit positif cantonal sur ce point. La remarque que nous faisions en marge de cette brochure n'a trouvé que trop sa justification : le droit public valaisan, à lui seul, est impuissant à régler l'intéressante question à laquelle nous avons consacré nos recherches. Il ne fait que tracer les grandes lignes d'un principe, que le législateur a jugé bon de choisir, et se borne à édicter quelques normes précisant plus ou moins et sur l'un ou l'autre point seulement la manière dont ce principe doit être appliqué.

Ces dispositions, il se peut que nous ne les ayons pas toutes mises à jour. Il est même probable que nous en ayons omis quelques-unes ; mais ce ne sont là que des textes fort imprécis, visant des fonctions dont l'importance est tout à fait secondaire, et n'apportant rien de nouveau à l'état de choses

auquel nous sommes arrivé. Nous avons en tout cas vu les dispositions essentielles. Cette étude nous a donc suffi pour conclure que le juge est dans l'impossibilité matérielle de s'appuyer valablement sur le droit cantonal pour trancher les litiges qui ont pour objet la réparation du dommage causé par les fonctionnaires publics. En conséquence, il est obligé d'avoir recours à un autre texte pour compléter l'insuffisance du droit public cantonal. Ce texte, c'est celui du droit privé fédéral.

Nous allons voir dans cette dernière partie la situation qui en résulte pour le fonctionnaire et pour l'Etat.

§ 1. Responsabilité du fonctionnaire.

Afin d'éviter toute équivoque, il convient de souligner une fois de plus, en tête de ce paragraphe, que le problème de la responsabilité des fonctionnaires à raison des actes qu'ils commettent dans l'exercice de leur charge relève exclusivement du droit public cantonal. Il ne peut, en aucun cas, être question d'assimiler le fonctionnaire public à une personne de droit privé ; sa situation est absolument particulière. La jurisprudence constante du T. F. a consacré ce principe qui est aujourd'hui à la base du droit des fonctionnaires, et auquel il est impossible d'envisager une dérogation quelconque. Cette remarque préliminaire a pour but de faire ressortir clairement le fait que, si on a recours au droit privé fédéral, c'est uniquement parce que le droit public cantonal est inexistant ou qu'il est insuffisant. Si ce dernier pouvait, de lui-même, résoudre ce point de façon satisfaisante, il ne s'agirait aucunement de faire application du droit privé fédéral. C'est, par conséquent, seulement à titre supplétif que l'on doit se fonder sur celui-ci : on est obligé d'en user pour pouvoir s'appuyer sur des normes tangibles qui sont appelées à remplacer celles incomplètes du droit cantonal.

Ceci dit, quelles sont donc les dispositions sur lesquelles doit reposer l'action en responsabilité dirigée contre un fonc-

tionnaire ? D'une manière générale, il faut répondre : celles du code fédéral des obligations qui concernent la responsabilité de chaque particulier. Mais il y a lieu de préciser. A ce sujet, il importe de faire remarquer que le législateur valaisan eût pu, puisque le droit fédéral lui laissait toute latitude dans ce domaine, déterminer au moins le genre de responsabilité qu'il entendait consacrer et prévoir, par exemple, que le fonctionnaire public est soumis par analogie aux dispositions du droit fédéral réglant la responsabilité contractuelle, ou qu'il ne peut être tenu à réparation que lorsqu'il se trouve que son acte dommageable constitue un délit. Mais il ne l'a même pas fait. Le texte constitutionnel ne laisse entrevoir ni la responsabilité quasi-contractuelle, ni la responsabilité délictuelle ; il se borne, nous le savons, à poser le principe de la responsabilité pure et simple.

En présence de ce laconisme du droit public cantonal, on doit admettre, sans aucun doute possible, que **ce sont les articles 41 et suivants C. O. qui sont applicables,** soit les dispositions du droit commun réglant les obligations qui découlent d'actes illicites. Dans ce cas, le fonctionnaire n'est tenu de réparer personnellement le dommage causé par ses actes que si ceux-ci sont contraires au droit. «Voraussetzung dieser persönlichen Haftung ist aber Widerrechtlichkeit der Handlung oder Unterlassung und Verschulden des Beamten».[1]) A teneur du droit fédéral, il ne peut donc, en principe, être reconnu responsable, s'il cause un dommage en accomplissant un acte qui ne revêt aucun caractère d'illicéité. C'est pourquoi cet acte doit constituer une violation du droit. Il ne sera pas *illicite* lorsque le fonctionnaire le commet en exerçant régulièrement ses fonctions qui l'autorisent ou même parfois l'obligent à le commettre et à léser de ce fait les intérêts privés. Ce sera le cas lorsque la loi prévoit expressément la possibilité de causer un tort manifeste à un particulier pour épargner à un autre particulier un dommage plus grand ou pour cause d'utilité publique. Ainsi, par exemple, le préposé à l'office des poursuites qui opère une

1) Oser, commentaire, ad art. 61, p. 420 et s.

saisie ou un séquestre, le gendarme qui arrête une personne, le fonctionnaire qui, en vertu d'une décision de l'autorité compétente, exproprie un immeuble, portent indiscutablement atteinte à des intérêts privés, mais leurs actes ne peuvent, non moins indiscutablement, être considérés comme illicites.

Cette possibilité de commettre impunément certains actes qui, s'ils étaient accomplis par toute autre personne, entraîneraient l'obligation d'en réparer les conséquences dommageables, constitue précisément un des traits typiques du caractère que revêt le fonctionnaire par rapport aux simples particuliers. Cette particularité mise à part, on pourrait croire jusqu'ici que la responsabilité du fonctionnaire ne diffère pas de celle de tout individu en l'absence de loi spéciale. Mais ce n'est pas le cas. Bien qu'étant soumis par la force des choses aux dispositions du droit commun, le fonctionnaire valaisan peut être quelquefois tenu à réparer le tort qu'il a causé, lors bien même que son acte n'était pas en soi illicite.

Nous savons en effet qu'il a des devoirs qui lui sont propres. S'il les enfreint, c'est-à-dire s'il se rend coupable d'une *faute* dans l'exercice de ses fonctions, il est responsable des conséquences de son acte.[1]) Or, cet acte lui-même peut ne pas être illicite comme tel ; s'il était commis par une personne autre qu'un fonctionnaire, il ne le serait en tout cas pas. Un particulier, on l'a dit plus haut, n'est pas forcé, par exemple, d'agir dans l'intérêt d'un tiers en dehors de ses obligations contractuelles ; il ne saurait être tenu de réparer le dommage qui résulterait de son abstention, même volontaire. Pour le fonctionnaire, au contraire, c'est une obligation. En s'abstenant, il viole les devoirs de sa charge. Et cette violation donne, elle, un caractère d'illicéité à un acte qu'on peut nommer, peut-être improprement, négatif et qui serait parfaitement licite pour quiconque. S'il ne l'est pas pour le fonctionnaire, c'est que ce dernier *est tenu* de l'accomplir de par sa situation à part et qu'il commet une faute en ne l'accomplissant pas.

1) Nous avons vu également que celui-ci pouvait être une omission.

Voilà donc encore un point qui met en évidence la responsabilité spéciale du fonctionnaire en dépit du fait qu'elle est réglée, pour le Valais, par les principes du droit commun. Les fonctionnaires peuvent se rendre coupables de fautes dont le public ne sera jamais appelé à répondre. Mais comment pourra-t-on savoir s'il y a ou non faute ? C'est là une question de fait et c'est au juge de l'apprécier. La loi, à supposer qu'il en existe une et qu'elle soit même fort complète, ne pourrait prévoir chaque cas particulier dans lequel un fonctionnaire est susceptible de faillir à sa tâche. Chaque fois qu'un particulier aura subi un préjudice et qu'il en réclamera la réparation en justice, on devra examiner si ce préjudice est imputable à l'activité du fonctionnaire pour établir la responsabilité de ce dernier. Mais, à cet effet, on ne perdra pas de vue que le fonctionnaire doit connaître sa compétence et les devoirs de sa charge ; une erreur sur ce point impliquera donc toujours une faute. Par contre le fonctionnaire n'est pas en faute s'il exerce son pouvoir d'appréciation d'une façon qui, après nouvel examen, se révèle inopportune.[1])

Quant à la *gravité* de la faute, on doit admettre que, tant que le droit public cantonal ne l'aura pas précisée, les fonctionnaires répondent de toute faute, même légère. Nous avons vu toutefois que pour certains d'entre eux, seule la faute lourde devait être retenue et avons dit aussi, en ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, que c'était un devoir moral de l'apprécier avec beaucoup de réserve. On peut néanmoins affirmer en principe que le fonctionnaire valaisan doit répondre de toute faute. Le législateur n'a pas, jusqu'ici, manifesté de désir contraire dans les normes de portée générale qu'il a édictées et la jurisprudence abonde dans ce sens.

En résumé donc, il faut dire que la responsabilité du fonctionnaire valaisan est engagée toutes les fois qu'il s'est rendu

1) Von Thur, trad. Thilo et de Torrenté, p. 337.

coupable d'un acte illicite ou d'une faute.[1]) Dans ce cas, le fonctionnaire fautif doit réparer intégralement le dommage causé et ce, d'après les dispositions communes des articles 41 et suivants C. O. qu'il serait oiseux d'étaler ici. Qu'il nous suffise de rappeler la possibilité de responsabilité plurale, de réduction de l'indemnité à fixer par le juge suivant les circonstances, de restriction de l'obligation de réparer dans certains cas. Et n'oublions pas de citer particulièrement l'article 43 qui règle les conditions de la responsabilité découlant du tort moral, règle qui est, elle aussi, asplicable au fonctionnaire puisque le droit cantonal ne précise pas que celui-ci ne répond que du dommage matériel.

Il nous paraît encore intéressant de commenter brièvement une opinion qu'a émise le T. C. valaisan, relativement à l'interprétation des articles 41 et suivants C. O. en matière de responsabilité des fonctionnaires. Dans un arrêt assez récent,[2]) notre instance judiciaire supérieure a voulu établir une différence entre l'acte *illicite* et l'acte *délictueux*. Aux termes de cette décision, l'action en responsabilité dirigée contre un fonctionnaire à raison d'un acte délictueux ne peut être exercée tant que ce dernier n'a pas été établi à satisfaction de droit par le juge pénal. Le T. C. base la nécessité de cette subordination de l'action civile à l'action pénale sur le principe de la séparation des souvoirs : «Peut-on adresser aux tribunaux civils qui sont en dehors du cadre du droit public une demande en réparation d'un dommage d'un acte administratif que l'on juge soi-même délictueux avant d'en avoir établi judiciairement par devant le for pénal compétent (le droit public) l'existence à satisfaction de droit ? L'admettre, ce serait créer la confusion la plus complète et laisser au demandeur le choix de qualifier lui-même de quasi-délit ce qui se révèle être un délit tout simplement.

1) Certaines législations se plaisent à préciser que le fonctionnaire est responsable de sa faute *ou de sa négligence*. Ce parallélisme des deux expressions nous paraît superflu, car, à notre avis, la négligence constitue elle aussi une faute. Si l'on admet que le fonctionnaire répond de sa faute lourde, comme c'est souvent le cas, il y a tout lieu de croire qu'il répond, en conséquence, de sa négligence grave.

2) Arrêt Winiger c. Etat du Valais, du 8 novembre 1928.

Terrain facile aux compromissions de toute sorte !»[1]) En conséquence de ces considérations, le T. C. s'est déclaré incompétent pour connaître d'un tel litige, le délit n'ayant pas été établi par la voie judiciaire.

Mais cet arrêt fait une seconde distinction, quant à l'applicabilité des articles 41 et s. C. O., selon qu'il s'agit d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*. «Cette disposition, ajoute-t-il,[2]) puisque le canton du Valais n'a point encore légiféré au sujet de la responsabilité des fonctionnaires et employés publics, devra être appliquée non comme droit subsidiaire, mais comme droit primaire à tous les cas où le fondement de l'action repose sur un quasi-délit. Quand, par contre, il s'agit d'un délit, il y a tout lieu d'abord d'en démontrer l'existence à satisfaction de droit, puis l'évaluation du dommage pourra, au choix du lésé, être poursuivie soit devant le for pénal (action jointe) ou devant le for civil (action réservée) et cela dans les deux cas d'après les principes de l'article 41 C. O. (voir aussi constitution valaisanne art. 21).»

Nous reviendrons plus loin sur la valeur qu'il faut donner aux articles 41 et s., à défaut de loi spéciale. Pour l'instant, nous devons nous borner à déclarer que nous ne partageons pas cette manière de voir.

En ce qui concerne l'opinion du T. C. suivant laquelle on devrait faire une distinction entre l'acte illicite et l'acte délictueux pour établir la responsabilité du fonctionnaire, nous avons le sentiment qu'elle est complètement erronée. Cette différence ne repose sur aucun fondement juridique. Elle n'est, en effet, consacrée ni par le droit fédéral, ni par le droit cantonal, pas plus d'ailleurs que par la jurisprudence. Au contraire, elle semble même s'opposer à l'esprit des articles 41 et suiv. C. O. qui se bornent à envisager le caractère d'illicéité. Or, il est certain qu'un acte délictueux ne peut être considéré autrement, au point de vue de ses conséquences civiles, que comme un acte illicite.

1) Arrêt cité, p. 20 du jugement manuscrit.
2) Eod. loc. p. 21.

Un tel acte est forcément illicite en soi et sa notion doit être, de ce fait, englobée dans celle plus vaste de l'acte illicite tel que le droit fédéral l'a fixé.

L'acte illicite du fonctionnaire pourra, c'est certain, être un acte délictueux aussi bien qu'il sera, suivant les cas, un acte illicite non délictueux, mais il n'est pas permis d'opposer l'une à l'autre ces deux diversités d'actes sans se trouver en contradiction avec la lettre du texte légal. C'est pourquoi le juge ne peut pas non plus subordonner l'existence de la responsabilité civile à la constatation préalable du délit par le juge pénal. Responsabilité civile et responsabilité pénale sont, elles, deux idées différentes ; l'article 53 C. O. le dit au reste formellement et le T. F. l'a maintes fois reconnu.[1]) En conséquence, les articles 41 et suiv. C. O. étant applicables puisqu'il n'existe pas de loi spéciale, le juge civil demeure seul compétent pour se prononcer sur la responsabilité du fonctionnaire valaisan aussi bien lorsque celui-ci s'est rendu coupable d'un acte illicite délictueux que d'un acte illicite non délictueux.

Ceci dit, pour tirer au clair une question qui pouvait paraître confuse en pratique, revenons à l'analyse de la responsabilité du fonctionnaire. Nous avons vu de quelle manière elle devait être réglée puisque notre droit public cantonal ne l'a pas fait de plus près. Il importe d'examiner encore *envers qui* le fonctionnaire doit répondre en vertu de ces dispositions ou, si l'on veut, à qui appartient l'action en responsabilité contre le fonctionnaire.

Dans notre partie générale, nous avons vu qu'en principe le fonctionnaire est tenu de désintéresser toutes les personnes qui ont subi un dommage du fait de son acte. Or, ces personnes peuvent être soit des tiers, soit l'Etat lui-même. La faute du fonctionnaire peut en effet porter préjudice à l'Etat (ou à la commune) directement. Il est donc juste que celui-ci puisse exiger aussi la réparation du tort qu'il a subi. Mais les dispositions légales sur lesquelles on doit fonder l'action en responsabilité sont-elles les mêmes dans les deux cas ?

1) Voir notamment A. T. F. vol. 53, I, p. 388 et suiv.

La responsabilité du fonctionnaire **vis-à-vis des tiers** doit être établie précisément d'après les principes que nous avons exposés tout au long de ce paragraphe. Le droit public cantonal étant pour ainsi dire inexistant sur ce point, les articles 41 et suivants C. O. font règle. Cette question ne fait donc plus de doute.

Quant à la responsabilité du fonctionnaire **vis-à-vis de l'Etat,** qu'on nomme en doctrine responsabilité interne, elle n'est aucunement visée par le droit fédéral. Ce dernier n'avait d'ailleurs pas à s'en occuper et l'article 61 C. O. n'a même pas eu à préciser que la législation cantonale pouvait déroger, à ce sujet aussi, aux dispositions générales du droit privé, car les rapports qui existent entre les fonctionnaires et l'Etat relèvent exclusivement du droit public (art. 362 C. O.). Il va sans dire toutefois que la responsabilité des employés qui accomplissent un travail pour le compte de l'Etat en vertu d'un contrat de droit privé doit être réglée par les dispositions du C. O. relatives aux obligations découlant du contrat ou éventuellement par les autres normes générales du droit commun.[1])

C'est donc exclusivement au droit public cantonal qu'il appartient d'édicter les prescriptions auxquelles doit être soumise la responsabilité du fonctionnaire envers l'Etat. Mais, sur ce point encore, on se heurte à l'abstention de la loi valaisanne. Faut-il en déduire que le fonctionnaire ne répond de son dommage qu'envers les tiers, puisque le droit fédéral se désintéresse complètement de ce problème ? Non, certainement. Le texte constitutionnel pose le principe général de la responsabilité primaire du fonctionnaire. Cette règle implique alors bien que celui-ci répond de ses actes envers toutes les personnes qui sont lésées par eux. Si le droit cantonal entendait exclure de ces dernières l'Etat et qu'il veuille lui faire supporter directement le dommage qu'il a subi lui-même du fait de ses fonctionnaires, il devrait le dire expressément. Tant qu'il ne l'aura pas fait de façon explicite, on doit forcément admettre que le législateur a prévu le contraire. C'est d'ailleurs ce qui

1) Cf. Oser commentaire, ad art. 61, p. 420, ch. 2 a.

ressort clairement du système général adopté par notre Constitution. Le fonctionnaire est donc également tenu à l'égard de l'Etat.

Le manque de dispositions spéciales nous oblige, en conséquence, à recourir à nouveau aux normes du droit commun, car enfin, puisque le droit existe, il faut bien le sanctionner. Dans ce cas, l'unique solution qui s'impose doit s'énoncer comme suit : L'Etat du Valais possède contre ses fonctionnaires qui lui ont causé directement un dommage, une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 41 C. O., concurremment avec une action quasi-contractuelle. Cette thèse est la seule qui nous paraisse logique. Le T. F. l'a, au reste, admise dans un arrêt du 15 octobre 1924.[1])

Il convient enfin de déterminer maintenant une fois pour toutes la *valeur des dispositions du C. O.* lorsqu'elles sont appliquées en matière de responsabilité des fonctionnaires en l'absence de loi cantonale spéciale. Cette question peut sembler, il est vrai, accessoire, car elle n'offre d'intérêt qu'au point de vue de la procédure. Elle revêt néanmoins une grande importance et elle est si souvent controversée, même en jurisprudence, que nous nous en voudrions de la laisser passer sous silence.

S'il existe des dispositions cantonales complètes sur la partie du droit public que nous examinons, ce sont elles seules qui sont applicables et le droit fédéral ne doit pas servir de base. Mais lorsque la loi cantonale fait défaut, comme c'est le cas pour le Valais, et qu'il faut recourir aux normes générales du droit fédéral, à quel titre doit-on user de ces dernières ? Sont-elles valables en tant que droit fédéral simplement, ou bien comme droit cantonal supplétif ? La solution de ce problème est délicate : en effet, selon que l'on considère ou non le C. O. comme du droit fédéral quand il en est fait usage en matière de responsabilité des fonctionnaires, le recours en ré-

1) A. T. F. en la cause Commune de Kloten c. Altorfer, R. O. vol. 50, II, p. 377.

forme contre une décision de l'autorité cantonale supérieure est recevable ou ne l'est pas.

A ce sujet, force nous est de constater que le T. F. lui-même ne semble pas avoir d'opinion bien ferme ; ses différentes sections émettent des avis qui se contredisent. Témoins deux arrêts concernant pourtant l'un et l'autre le Valais : dans le premier, il est dit notamment : «En l'absence de toute règle et de toute référence dans la législation cantonale, ce sont incontestablement les articles du code fédéral des obligations qui sont applicables, *en tant que droit fédéral* et non point comme droit cantonal subsidiaire.»[1]) A une année d'intervalle, jour pour jour — coïncidence curieuse — le T. F. pose avec autant de conviction le principe nettement contraire. Jugeons en : «Richtig ist allerdings, dass die Vorinstanz (il s'agit du T. C. valaisan) den vorliegenden Fall nach den im eidgenössischen Obligationenrecht enthaltenen Vorschriften über den Dienstvertrag entschieden hat : dies konnte jedoch nur im Sinne einer *subsidiären Anwendung* dieser Bestimmungen als Bestandteil des kantonalen Rechtes geschehen. [2]) Que penser de cette contradiction qui paraît étrange, à première vue du moins ? La seule déduction certaine qu'on puisse en tirer, c'est que ce point est fort discutable.

Pour Thilo, les dispositions du C. O. constituent du droit cantonal supplétif «lorsque la législation cantonale se réfère aux principes des lois fédérales... Il en est de même quand la loi cantonale spéciale accuse des lacunes et que le juge recourt à certaines règles du droit fédéral .[3]) Cet auteur estime par contre que, si le droit cantonal est inexistant, ou ne contient que des règles générales, comme c'est le cas pour le Valais, le C. O. est applicable en tant que droit fédéral. Il invoque pré-

1) R. O. vol. 54, II, p. 364 ; arrêt de Lavallaz c. Imboden et de Chastonay, du 25 septembre 1928.

2) R. O. vol. 55, II, p. 211 ; arrêt Muller c. Etat du Valais du 25 septembre 1929.

3) Thilo Emile, Notes sur la responsabilité de l'Etat en cas d'arrestation illégale. Lausanne 1930, fascicule extrait du J. T., p. 8.

cisément à l'appui de cette thèse le premier des deux arrêts que nous citons ci-dessus. Mais il s'abstient de parler du second.

Or, c'est justement à l'opinion émise dans ce dernier que nous croyons devoir nous rallier, contrairement à l'avis de Thilo. Et voici pour quels motifs : le législateur valaisan avait la faculté de créer une loi spéciale sur la responsabilité des fonctionnaires publics. Il ne l'a pas fait, c'est exact, mais il a tout de même laissé entendre dans des normes générales le principe qu'il désirait adopter. Il est à supposer qu'il s'est réservé de développer ce principe par la suite ; on ne peut toutefois pas prétendre que le droit cantonal est tout à fait inexistant sur ce point. Le fondement existe en effet, car il pourrait très bien se faire que la constitution soit complètement muette sur cette question du droit public ; mais elle a justement prévu que le fonctionnaire est primairement responsable et que, en conséquence, l'Etat n'est pas tenu en première ligne. D'autre part, les textes que nous avons relevés plus haut montrent bien que le droit public cantonal ne s'est pas entièrement désintéressé de cette question. Si le législateur attend pour édicter des dispositions plus précises, cela ne signifie pas qu'il ait renoncé jusqu'ici à s'occuper de la responsabilité des fonctionnaires cantonaux ; bien au contraire, il a manifesté son intention et a concrétisé son idée fondamentale. Dès lors, on ne peut prétendre que le droit public valaisan a cédé le pas au droit fédéral, mais bien plutôt que les auteurs de la constitution et des autres lois ont admis tacitement que le droit fédéral devait compléter leurs règles générales jusqu'au moment où ils en édicteront eux-mêmes de particulières.

C'est pourquoi nous affirmons que les dispositions du C. O. ne sont appelées qu'à compléter provisoirement notre droit cantonal et que, en conséquence, elles **sont applicables en tant que droit cantonal subsidiaire et non point comme droit fédéral.** Si donc le juge fait usage du C. O., c'est uniquement **à titre supplétif.** Citons en passant un jugement du T. C. du canton de Zurich qui nous donne raison : «Wenden die Kantone demnoch Bestimmungen des O. R. an, so geschieht dies kraft

Kantonalen Rechts und als solches. [1]) D'ailleurs, le T. F. semble opiner dans ce sens aujourd'hui : le plus récent arrêt[2]) que nous ayons rencontré à ce sujet partage cette manière de voir. Cela confirme que, s'il s'est contredit une fois, comme nous l'avons relevé plus haut, c'est parce qu'il a changé d'avis, ce qui ne peut être blâmé, au contraire. En conclusion, si l'on se rallie à cette théorie, on doit admettre *ipso facto* que le recours en réforme est irrecevable dans de telles conditions.

§ 2. Responsabilité de l'Etat.

De prime abord, l'examen de la responsabilité de l'Etat semble situé au-delà des limites que nous nous sommes tracées en choisissant notre sujet, puisque nous n'avions en vue que le problème de la responsabilité du fonctionnaire lui-même. Mais ce sont là deux questions qui sont à un tel point connexes que l'on ne peut guère en envisager une sans songer à l'autre. Si, en effet, un particulier a été lésé dans ses intérêts par un acte de la puissance publique, il a droit, en principe tout au moins, à une réparation équitable : mais, bien souvent, le fonctionnaire lui-même ne sera pas en mesure de le dédommager, ou bien, dans certains cas, la loi ne l'obligera pas à le faire personnellement, quand bien même il aura causé ce tort. C'est alors l'Etat qui intervient et nous ne pouvons pas nous dérober, sans être incomplet, à la nécessité de faire ressortir les règles fondamentales auxquelles est soumise sa responsabilité.

Un principe essentiel doit être mis en évidence en tout premier lieu : « La responsabilité de l'Etat ne peut jamais être fondée sur une faute, pour cette bonne raison que, l'Etat n'étant point une personne, mais une pure abstraction — nous l'avons vu au début — ne peut commettre une faute. » [3]) Seuls les or-

1) Oberes Gericht des Kantons Zurich, arrêt du 13 mars 1918, cité dans Weiss, vol. I, p. 136.

2) A. T. F. Schmid c. Uri, Schwyz, Unterwald, du 1er nov. 1930. Cet arrêt manuscrit, ainsi que plusieurs autres, nous a été signalé par M. le Juge fédéral A. Couchepin, auquel nous exprimons nos vifs remerciements.

3) Duguit, l'Etat, les gouvernants et les agents, p. 637.

ganes de l'Etat peuvent s'en rendre coupables. L'Etat, comme tel, s'il doit être responsable, le sera du fait de ses organes qui ont agi en son nom. Cette règle générale ne peut être oubliée : c'est elle qui doit servir de point de départ à l'étude de cette partie. Si l'on parle donc de la responsabilité de l'Etat, on ne perdra pas de vue que celle-ci découle de l'acte des organes.

Pour apprécier si et dans quelle mesure l'Etat, en l'occurrence le canton du Valais, doit encourir une responsabilité, il importe en outre de faire une distinction primordiale. Les conditions et les règles de cette responsabilité varient en effet suivant la qualité en laquelle les agents de l'Etat agissent pour le compte de celui-ci. Or, ils peuvent le faire de deux manières : soit en se trouvant avec les particuliers dans des rapports de droit privé, soit aussi en accomplissant des actes en tant que représentants de la puissance publique.

Lorsque l'Etat exerce son activité comme **personne morale de droit privé**, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve agir, par l'intermédiaire de ses organes, sur le terrain du droit privé, sa responsabilité relève exclusivement du *droit privé*. Dans ce cas, ce sont les règles du droit civil fédéral qui sont applicables. «Soweit der Staat sich in der Sphäre des Privatrechtes bewegt, insoweit also privatrechtliche nicht öffentlichrechtliche Verrichtungen seiner Beamten in Frage stehen, haftet er für seine Organe, Beamten und Angestellten nach privatrechtlichen Grundsätzen».[1]) L'Etat répond donc d'office des actes illicites commis par ses fonctionnaires et employés dans l'exercice de leurs fonctions, mais pour autant seulement que celles-ci concernent l'activité déployée dans les bornes strictes qui confinent le domaine du droit privé. Cette responsabilité se règle d'après les articles 55 C. C. S. et 55 C. O. Mais, sur ce point encore, il faut distinguer, et c'est ici qu'on pourra se rendre compte de la portée particulière de chacune des expressions organes, fonctionnaires, employés, que nous nous sommes efforcé de faire ressortir en marge de notre travail.

1) Weiss, op. cit. vol. I, p. 135.

Aux termes de l'article 55, al. 2, C. C. S., les organes «obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits». La disposition précitée ne vise, en conséquence, que la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses organes : elle n'est applicable qu'aux actes commis par les fonctionnaires au sens étroit du terme. Quant à la responsabilité de l'Etat du fait de ses agents inférieurs, soit de ses employés, ouvriers, elle doit être réglée par l'article 55 C. O. qui concerne la responsabilité de l'employeur. Cette nuance relative au droit applicable, est faite par la majorité des commentateurs;[1]) on l'a cependant combattue, en prétendant que seules les dispositions du C. O. étaient valables pour le motif qu'elles ne sont que la *lex specialis* du principe général contenu dans l'article 55 C. C. S.[2]) Mais nous ne partageons point cette opinion qui est en contradiction avec le texte même de la loi. D'ailleurs, ce n'est là qu'un point accessoire ; ce qu'il importe de savoir surtout, c'est que l'Etat, quand il se comporte comme une simple personne de droit privé, répond du fait de ses fonctionnaires et que sa responsabilité relève exclusivement du droit privé. Telle est la règle essentielle.

On nous objectera peut-être à ce sujet que nous oublions la réserve faite à l'article 59, al. 1, C. C. S., et qui doit s'appliquer non seulement à la formation des corporations ou d'établissements publics, mais encore à la responsabilité de l'Etat à l'égard des tiers. Cette réserve vise toutefois uniquement la responsabilité découlant des actes officiels et non point celle qui dérive d'une activité privée. «Dieser Vorbehalt des öffentlichen Rechts im Art. 59 Z. G. B. bezieht sich auch auf die Haftung des Staates gegenüber Dritten, jedoch nur insoweit, als es sich um die Verantwortlichkeit aus spezifischen Amtshandlungen und nicht um Verhältnisse handelt, in denen das Gemeinwesen zum Bürger wie ein gewöhnlicher Privater als koordiniertes

1) Cf. Oser, commentaire, ad art. 61, ch. 3, lettre b ;
Gmür, commentaire, ad art. 61, p. 262, ch. V ;
Egger, commentaire, ad art. 55, C. C. S., rem. 8, b et c.

2) Cf. Haff, op. cit. p. 297 et suiv.

Rechtssubjekt in Beziehungen privatrechtlichen Charakters tritt.»[1])

Une dernière remarque s'impose à propos de la responsabilité de l'Etat en tant que personne de droit privé. L'article 55, C. C. S. que nous savons être applicable dans ce cas, prévoit à son alinéa 3 que «les fautes commises engagent, au surplus, la responsabilité personnelle de leurs auteurs». Il y a lieu de préciser que cette disposition ne saurait être valable pour les fonctionnaires, car il serait en contradiction avec l'article 61 C. O. qui laisse toute latitude aux cantons pour régler eux-mêmes cette question. Si ceux-ci devaient se conformer à l'article 55, al. 3, C. C. S., la faculté prévue à l'article 61 C. O. n'aurait plus de raison d'être. Le T. F. l'a reconnu expressément : «Si, dit l'un de ses arrêts.[2]) les fonctionnaires publics devaient répondre de leurs fautes aux termes de l'article 55, al. 3, C. C. S., il n'y aurait évidemment plus de place pour le droit de légiférer que l'article 61, al. 1, du C. O. prévoit en faveur des cantons sur cette matière». Seule donc la responsabilité de l'Etat comme personne morale de droit privé doit être visée à l'article 55 C. C. S. La responsabilité personnelle des fonctionnaires échappe à cette disposition.[3]) et se trouve soumise aux normes que nous avons déjà exposées.

Lorsque, au contraire, l'activité étatique consiste dans **l'exercice de la puissance publique,** le principe est complètement différent. Dans ce cas, la responsabilité de l'Etat ne peut entrer en jeu que pour autant qu'elle est *prévue de façon formelle par le droit public cantonal* auquel elle appartient exclusivement. A l'encontre de la première éventualité, elle n'existe pas ici *eo ipso* mais doit être établie explicitement par le droit positif. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point. Aussi longtemps que le droit public cantonal ne

1) Oser, commentaire, ad art. 61, rem. 3.

2) J. T. 1915, p. 572, arrêt Kopfmehl c. Soleure, du 16 janvier 1915.

3) Voir également dans ce sens : Hafter, commentaire, ad art. 59 C. C. S. ; Becker, ad art. 61 C. O. note 3 ; Egger, ad art. 55 C. C. S., note 8, lettre b.

fixe pas de règle précise à ce sujet, il ne peut être question de la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses fonctionnaires.[1]) Qu'il nous suffise, pour donner plus de poids à notre assertion, de relever cet extrait catégorique d'un important arrêt du T. F. D'après la jurisprudence constante du T. F., on ne peut admettre sans autre la responsabilité de l'Etat à raison d'actes illicites commis à dessein ou sans intention dolosive par ses fonctionnaires et employés dans l'exercice de leur charge ; cette responsabilité n'existe que dans la mesure où le droit en vigueur la reconnaît d'une façon positive».[2])

Nous avons vu cependant que le droit privé fédéral avait fixé lui-même la responsabilité du canton pour le fait de certains fonctionnaires, notamment responsabilité directe pour ceux du registre foncier et responsabilité subsidiaire pour quelques autres (état civil, offices des poursuites, etc.), et nous avons donné les motifs de son ingérence dans cette partie du droit public. A part ces exceptions, seul le droit cantonal a qualité pour établir la responsabilité de l'Etat.

Or, le droit public valaisan ne prévoit que deux éventualités dans lesquelles le canton est tenu de répondre des actes de ses fonctionnaires : tout d'abord lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de réparer eux-mêmes le dommage qu'ils ont causé à des tiers dans l'exercice de leurs fonctions. C'est le cas de la *responsabilité subsidiaire de l'Etat* que nous avons

1) Cf. Weiss, op. cit., vol. I, p. 136 ; Oser, commentaire, ad art. 61 C. O. ch. 3, lettre a. Ce dernier auteur précise en outre que, dans ce cas, l'art. 55 C. C. S. ne peut être appliqué à titre subsidiaire, lorsque la loi cantonale ne renferme aucun principe. Von Thur, § 49, III, et Haff, op. cit. p. 296—9, partagent son avis, tandis que Hafter, ad art. 59 C. C. S., ch. 7 et Egger, même art. ch. 1 et 4, soutiennent le contraire. Nous nous rallions à la première opinion.

2) J. T. 1921, p. 590, arrêt dame Hunziker c. Confédération Suisse du 22 avril 1921. Cf. encore A. T. F. vol. 42, II, p. 611. Le T. F. va plus loin ; il n'hésite pas à réfuter énergiquement toute opinion contraire : «Wenn die Klägerin die Klage weiter auf den angeblich allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz stützt, dass der Staat ohne positive Vorschrift für die Mangelhaftigkeit seiner Gesetzgebung und für rechtswidriges Verhalten seiner Beamten bei der Ausübung der Staatsgewalt hafte, so kann dem gegenüber einfach darauf verwiesen werden, dass das Bundesgericht es stets abgelehnt hat, einen solchen Grundsatz anzuerkennen.» A. T. F. vol. 49, II, p. 298.

déjà examiné plus haut et dont le principe est posé à l'article 21 de la constitution. On sait donc à quelles conditions est soumise cette responsabilité.

La deuxième éventualité, c'est celle qui est prévue à l'article 4, alinéa 3, C. C., lequel dispose : «L'Etat est tenu d'indemniser équitablement toute personne victime d'une erreur judiciaire ou d'une arrestation illégale. La loi règle l'application de ce principe.» Mais, comme toujours, aucune loi n'a encore réglé l'application de ce principe ! Néanmoins, le fondement existe et la responsabilité de l'Etat est donc engagée dans ces deux cas. Il y a lieu toutefois de préciser.

En ce qui concerne premièrement *l'erreur judiciaire*, on peut être porté à croire que l'Etat doit couvrir toute erreur commise par un fonctionnaire de l'ordre judiciaire. Or, la notion de l'erreur judiciaire n'est pas si aisée. Elle est soumise à des conditions généralement admises par la doctrine et qui empêchent de faire peser trop souvent sur l'Etat le poids si lourd de la responsabilité. C'est ainsi que le T. F., se basant sur la théorie du criminaliste français Garraud,[1]) met un frein à l'ardeur des mécontents qui seraient trop facilement enclins à se prévaloir de la disposition précitée : «L'erreur judiciaire (Justizirrtum), dit-il, suppose un acte spécifiquement judiciaire, savoir un jugement au fond. Il en résulte donc que toute l'activité des organes d'instruction ou d'enquête, qui est une activité de police judiciaire s'exerçant habituellement sous le contrôle et la surveillance d'autorités spéciales : ministère public, chambre d'accusation, etc., peut bien impliquer des erreurs, mais non des erreurs judiciaires.»[2]) Ce considérant permet de se rendre compte de la grande difficulté qu'il y aura pour le demandeur de prouver l'existence d'une erreur judiciaire. Et c'est tant mieux, si l'on songe à la délicatesse qui entoure les fonctions du juge. En reconnaissant pour une futilité que ce dernier s'est trompé, ce serait ouvrir toutes grandes les portes de l'abus et annihiler du même coup le prestige des

1) Précis de droit criminel, § 401.
2) A. T. F. du 29 novembre 1929, Rudaz c. Etat du Valais.

autorités judiciaires. C'est pourquoi, une indemnité ne sera due que si la personne qui prétend y avoir droit a été réellement condamnée à tort.[1]) Il s'ensuit que, en pratique, la responsabilité de l'Etat pour un fait de cette nature sera chose relativement rare.

Quant à *l'arrestation illégale*, son existence est également subordonnée à d'importantes réserves qui en rendent la preuve délicate et protègent ainsi le patrimoine public. Il est certain qu'un citoyen qui a été arrêté injustement a droit, en principe, à une réparation, car le tort tant moral que matériel qu'il aura subi du fait de cette arrestation peut être, suivant les cas, considérable. Mais il faut songer que, bien souvent aussi, les charges qui pesaient sur lui étaient rendues telles par les circonstances que le juge avait pu croire que son devoir de protecteur de la société lui dictait l'arrestation. Aussi, l'illégalité de cette dernière ne doit pas résider dans le fait que l'innocence du prévenu a été reconnue ensuite de certaines constatations ultérieures — ce serait sans cela enrayer l'activité même du juge — mais bien plutôt dans l'inexécution des règles prévues à cet effet par la loi. «Le critère de l'arrestation illégale est l'inobservation des formalités prescrites par la loi et encore faut-il entendre par là l'inobservation des conditions et non des formes extérieures et protocolaires. Ces conditions sont : 1. accusation d'un délit qui comporte peine afflictive ou infamante ou emprisonnement correctionnel ; 2. existence d'indices graves de culpabilité à la charge du prévenu.»[2]) S'il se révèle qu'effectivement ces conditions primordiales n'ont pas été remplies, la personne ainsi arrêtée peut alors prétendre à l'indem-

1) Le texte allemand de la constitution le fait d'ailleurs mieux ressortir que le français : «Ungesetzlich Verhaftete oder *unschuldig Verurteilte* sind durch den Staat angemessen zu entschädigen».

2) Jugement du tribunal du district d'Hérens, Crettaz c. Etat du Valais, du 11 novembre 1930. Cette manière de voir est partagée par le T. C. (voir jugements du 14 juin 1929 et du 29 avril 1931). Le T. F. déclare de même : «L'illégalité peut consister soit dans le fait que les conditions requises par la loi n'étaient pas remplies au moment où l'arrestation a été ordonnée, soit dans le fait que les formalités concernant son arrestation n'ont pas été observées.» A. T. F. précité Rudaz c. Etat du Valais.

nité équitable prévue par l'article 4 C. C. et l'Etat est tenu de la lui verser.

On peut dès lors se demander si la disposition qu'on vient de voir n'est pas en contradiction avec l'article 21, *leg. cit.*, qui pose le principe de la responsabilité primaire des fonctionnaires publics et plus spécialement avec l'article 300 c. p. c. qui fixe la responsabilité directe des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Mais ce sont là deux points totalement distincts et que la loi scinde nettement. Nous avons vu que le juge doit conserver en tout temps une grande liberté d'action eu égard à sa tâche particulièrement difficile. C'est précisément pour ce motif que le législateur l'a déchargé intentionnellement de toute responsabilité pouvant découler d'une erreur judiciaire ou d'une arrestation illégale et qu'il en a fait supporter les conséquences à l'Etat directement. Le principe de la responsabilité directe de l'Etat dans ce domaine constitue par conséquent une exception à celui de l'article 21. Il va de soi que le juge demeurera personnellement tenu, s'il s'est rendu coupable de dol ; mais cette supposition mise à part, c'est le canton qui répond seul et dans chaque cas du dommage causé par une erreur judiciaire ou une arrestation illégale. Cette question ne paraît plus faire aucun doute aujourd'hui. Le Conseil d'Etat l'a prouvé, à l'occasion d'une erreur judiciaire qui avait été commise par le tribunal du district de Sion, en couvrant spontanément le juge et en faisant à la victime une offre transactionnelle de six cents francs, à titre d'indemnité satisfactoire, proposition qui a d'ailleurs été acceptée par l'intéressé.[1])

En résumé donc, la responsabilité de l'Etat du Valais, en tant que puissance publique, ne peut intervenir que dans deux éventualités :

1. lorsque ses fonctionnaires ont commis un dommage et qu'ils ne sont pas en mesure de le réparer eux-mêmes, donc responsabilité subsidiaire ;

1) Aff. Zermatten c. Etat du Valais ; transaction du 3 avril 1922.

2. dans le cas d'une erreur judiciaire ou d'une arrestation illégale, responsabilité directe.

Ce sont les seules.

Pour clore ces remarques sur la responsabilité de l'Etat, il faut encore résoudre la question de savoir si le canton est tenu de réparer le dommage qui a été causé par un acte *licite*. Prenons un exemple qui ne manque pas de pittoresque si l'on songe aux fréquentes émeutes politiques de notre canton : une commune, redoutant de dangereuses échauffourées à l'occasion de certaine propagande électorale, fait appel à la force publique pour maintenir l'ordre. L'Etat lui délègue quelques gendarmes ; l'un de ceux-ci, intervenant dans une bagarre, frappe et blesse par inadvertance une personne, femme ou enfant, qui se trouve par hasard sur les lieux. L'Etat répond-il des conséquences de cet acte ? Certainement non ; aucune norme ne le prévoit. Son agent a accompli un devoir qui incombe à l'Etat et qui consiste à assurer la sécurité de ses citoyens ; s'il a causé de la sorte un dommage, il n'a pas commis d'acte illicite. Dans ce cas, les intérêts de la collectivité passent avant les intérêts privés et l'Etat ne peut être tenu à réparation.

L'atteinte ainsi portée aux droits individuels se justifie pleinement par le caractère obligatoire que revêt l'ingérence de l'Etat. Les circonstances qui ont nécessité l'intervention de celui-ci créent une situation juridique spéciale qui le met à l'abri de toute responsabilité.

Le T. F. a toujours reconnu ce principe. A l'occasion d'un cas analogue à celui que nous citons à titre d'exemple — c'est celui d'une femme qui a été tuée par la troupe chargeant la foule lors de la grève de 1919 à Bâle — il a établi que «en principe, l'obligation n'existe pas de réparer le dommage causé par un acte licite de l'Etat ou de ses organes ; elle n'existe que dans les cas spécialement prévus par la loi.»[1]) L'Etat ne répond donc pas du dommage qu'il cause dans l'exercice légal de la puissance publique.[2])

1) J. T. 1921, p. 595, dame Hunziker c. Confédération Suisse, 22 avril 1921.
2) Cf. A. T. F. vol. 15, p. 552 ; 26, II, p. 491 ; 31, II, p. 543 ; 36, II, p. 314.

§ 3. Responsabilité de la commune et de ses fonctionnaires.

A teneur de l'article 69 C. C., **la commune** valaisanne est autonome. La loi limite cependant cette indépendance. «Si l'autonomie communale était absolue, il n'y aurait en effet plus d'Etat ou plutôt chaque commune valaisanne formerait un petit état indépendant, avec son gouvernement et ses lois propres. C'est, au contraire, l'Etat qui détermine les caractères essentielles de la commune et qui fixe une grande partie de son activité.»[1]) Néanmoins, la commune valaisanne jouit d'une grande liberté ; quoique soumise au contrôle et à la surveillance de l'Etat, elle s'administre elle-même et déploie une certaine activité qui lui est propre. C'est pourquoi il est loisible de la considérer tout de même comme une collectivité publique à part. La commune constitue donc aussi une entité juridique qui manifeste sa volonté par ses organes.

Comme telle, elle peut en conséquence encourir une responsabilité pour le fait de ses fonctionnaires au même titre que l'Etat. Les principes sur lesquels est fondée cette responsabilité ne sont autres que ceux qui régissent celle de l'Etat lui-même.

A l'instar de ce dernier, la commune, corporation de droit public, peut déployer son activité de deux manières différentes : tout d'abord en agissant à l'égard des particuliers comme le ferait une simple personne de droit privé ; ou bien en exerçant la part de puissance publique qui lui est dévolue par la constitution et les lois.

Dans le premier cas, sa responsabilité relève exclusivement du droit privé ; la commune est assimilée à une personne morale ordinaire et répond ainsi de tout dommage causé par ses organes. Cette responsabilité est alors primaire et n'existe pas seulement à titre subsidiaire, soit à côté de celle des fonctionnaires et employés communaux.[2]) Nous savons, pour le surplus, de quelle manière elle doit être réglée.

1) de Courten, op. cit. p. 130. Nous renvoyons à cet ouvrage pour l'étude de l'autonomie communale qui y est traitée de façon fort complète.
2) Voir A. T. F. vol. 41, II, p. 582, Ebner c. Kriens, 9 octobre 1915.

Agissant dans la seconde hypothèse, la commune ne peut encourir de responsabilité que pour autant que le droit public le prévoit expressément. Les communes ont donc toute latitude pour disposer, dans les règlements qui leur sont propres, qu'elles répondent en première ligne du dommage causé par leurs fonctionnaires. Aussi longtemps qu'elles ne le font pas de façon formelle, elles échappent à cette responsabilité. Il ne nous appartient pas d'examiner ici les dispositions de chacune d'elles, mais nous croyons être en droit d'affirmer qu'aucune n'a pris de semblables mesures.

N'oublions pas cependant que l'Etat exerce la surveillance sur la commune (art. 82 C. C.) et que, en vertu de ce pouvoir, il a la faculté de ne pas approuver ces règlements. En outre, malgré son autonomie de principe, la commune relève du droit public cantonal qui peut, de son côté, prévoir sa responsabilité. En aucun cas, la commune ne peut déroger à de telles dispositions : si elle a qualité pour en édicter elle-même relativement à son organisation et à son administration intérieures, ce n'est qu'en application des lois cantonales.

Or, le droit public cantonal a établi dans quelques cas la responsabilité de la commune. Il importe de rappeler à ce sujet le principe contenu dans l'article 21 C. C. Aux termes de ce dernier, l'Etat, on le sait, répond subsidiairement des actes de ses fonctionnaires. Cette règle générale s'applique par analogie aux communes puisque celles-ci sont en quelque sorte de petites entités juridiques dont l'ensemble forme l'Etat lui-même. La commune répond donc en seconde ligne des actes des fonctionnaires nommés par elle.

Nous savons aussi que la commune est tenue de réparer le dommage causé par le tuteur et les membres de la chambre pupillaire, pour autant que ceux-ci ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes. C'est là une deuxième possibilité de responsabilité de la commune valaisanne.

En outre, la L. A. prévoit à son article 49 que la commune est responsable du dommage causé par le teneur des registres de l'impôt, lorsque celui-ci, dans les limites de sa compétence, dresse des actes de vente, d'échange ou de constitution d'hypo-

thèque. Il s'agit alors de responsabilité directe ; dans ce cas, la commune possède une action récursoire contre son fonctionnaire en défaut.

Enfin, la loi précitée rend la commune responsable des conséquences judiciaires découlant d'une déclaration arbitraire de déchéance de la puissance paternelle (art. 75). De même, lorsqu'une interdiction a été prononcée sans motifs par l'autorité de tutelle (art. 104). Dans ces deux derniers cas également, la commune peut exercer un recours contre ses magistrats en défaut.

En dehors de ces circonstances qui sont nettement déterminées par la loi, la commune n'est pas responsable du dommage résultant de l'activité qu'elle exerce par l'intermédiaire de ses organes en tant que corporation de droit public.

Quant aux **fonctionnaires communaux,** leur situation est identique à celle des fonctionnaires cantonaux. Il faut entendre par eux «toutes les personnes physiques concourant à une branche d'activité qui se rapporte à une tâche propre de la commune ou à une tâche déléguée par l'Etat à la commune comme telle ou directement à un de ses organes.»[1]) Ces fonctionnaires relèvent, comme les fonctionnaires cantonaux, du principe général renfermé à l'article 21 C. C. qui vise tous les fonctionnaires publics et qui doit être complété comme on le sait. Ils répondent de leurs actes soit envers les tiers, soit envers la commune elle-même. Le droit cantonal ne possède, à part cette règle, qu'une seule disposition concernant la responsabilité des fonctionnaires communaux : c'est la loi du 1er novembre 1864 sur la police champêtre qui prévoit à l'article 13 la responsabilité des gardes qui se rendent coupables d'une faute ou d'une négligence.

La responsabilité des fonctionnaires communaux est donc réglée par le C. O. qui est applicable à titre supplétif.

---

1) de Courten, op. cit. p. 49.

CHAPITRE IV.

Suggestions en vue d'une loi particulière.

Nous voilà maintenant arrivé au terme de nos recherches. Cet examen, — que nous nous sommes efforcé de faire de façon aussi approfondie que possible, tout en tâchant de ne faire ressortir que l'essentiel, afin d'éviter trop de lourdeur, — nous a permis de révéler les points délicats sur lesquels repose la responsabilité du fonctionnaire valaisan et de mettre en évidence la situation qui en résulte *de lege lata*.

A la lecture de cet exposé, on éprouvera sans doute un sentiment de malaise en présence de la confusion qui s'en dégage et que crée la carence de notre droit public cantonal. C'est du moins ce que nous ressentons en constatant combien cet important problème a été négligé. Aussi, nous ne saurions prétendre avoir touché au but que nous nous sommes proposé, sans tâcher de démontrer encore comment, à notre avis, il peut être résolu *de lege ferenda* et d'exposer le système qui nous paraît être le meilleur.

Pour ce faire, voyons d'abord de plus près jusqu'où s'étend la compétence qu'octroie le droit fédéral aux cantons. L'article 61 C. O., nous l'avons dit et répété, laisse ces derniers libres d'agir dans ce domaine, c'est-à-dire qu'il leur donne la faculté de déroger aux normes du droit commun. Les cantons peuvent donc édicter des mesures spéciales relativement à la responsabilité de leurs fonctionnaires ; ils peuvent aussi décharger ceux-ci de toute responsabilité et faire assumer cette dernière par l'Etat directement. Ils ont même la possibilité de subordonner cette responsabilité à la décision préalable d'une autorité.[1])

1) Cf. von Thur, op. cit. p. 338 et Thilo, Notes sur la responsabilité de l'Etat, J. T. 1930 p. 227. Voir aussi un arrêt du T. C. de Bâle-Campagne du 26 septembre 1930 publié dans la «Revue Suisse de Jurisprudence», année 1931—32, cahier 11, p. 169.

Toutefois, lorsque la responsabilité du fonctionnaire découle d'un acte qui se rattache à l'exercice d'une industrie, les articles 41 et suivants C. O. demeurent seuls applicables. Cette réserve vise l'activité de l'Etat-fisc ; elle concerne le cas du fonctionnaire agissant pour ce dernier comme il le ferait au nom d'un particulier. Cette notion d'exercice d'une industrie présuppose celle de gain qui lui est inhérente. C'est ainsi qu'un hôpital cantonal, en admettant qu'on en construise un, y échapperait,[1]) tandis que ce ne serait pas le cas par exemple pour un bâtiment appartenant à l'Etat et loué par ce dernier dans un but lucratif. Il s'agit donc d'exercice d'une industrie, au sens de cette disposition, chaque fois que l'Etat abandonne la mission bien déterminée que lui confère le droit public, pour exercer une activité quelconque en qualité de sujet de droit coordonné, autrement dit lorsque ses rapports avec les citoyens sont ceux d'un simple particulier.[2])

Cette réserve mise à part, les cantons ont toute latitude pour légiférer sur la responsabilité de leurs fonctionnaires publics. Nous allons examiner à présent de quelle manière il est loisible au Valais de le faire.

§ 1. L'accord avec le principe constitutionnel.

Si l'on s'en tient au principe général contenu à l'article 21 C. C., il y a lieu de le développer en détails dans une loi d'exécution qui renfermera toutes les règles indispensables à une solution complète et définitive.[3]) Ce qu'on aura en vue avant tout, c'est d'éviter toute lacune qui obligerait le juge à recourir encore aux dispositions du droit fédéral. A cet effet, voici les points qui nous semblent devoir y figurer :

1. *Fonctionnaires :* On s'appliquera à en donner une définition qui écarte d'emblée toute équivoque. Ce sera probable

1) Cf. Fick, commentaire, ad art. 61 C. O., notes 50 et 55.
2) Cf. Oser, commentaire, p. 423—424 ; von Thur, commentaire, p. 338.
3) Définitive : pour autant, bien entendu, qu'une loi peut l'être !

ment la question la plus délicate à élucider. Toutefois, il nous paraît nécessaire de s'y appliquer. Il suffira peut-être d'en fixer l'essence dans des termes qui sont plus ou moins généralement admis par la doctrine. Pour le surplus, les faits détermineront dans chaque cas particulier s'il s'agit ou non d'un fonctionnaire.

Dans l'éventualité où la solution de ce premier problème donnerait lieu à de trop grandes divergences d'opinions, on fera bien de juxtaposer au moins les deux expressions : fonctionnaires et employés publics. Il va sans dire en outre que celle d'autorité prévue à l'article 21 C. C. devra être reproduite.

2. *Responsabilité :* Cette notion devrait aussi, à notre avis, être précisée. On peut facilement en donner une idée exacte qui permette d'en apprécier d'emblée la portée. La loi bernoise de 1851, par exemple, l'a fait avec succès.

3. *Actes :* Le seul terme d'actes, tel qu'il figure dans la Constitution, est certainement trop vague. La loi devra spécifier de quelle sorte d'actes le fonctionnaire est tenu. Il ne peut s'agir, à notre avis, d'user de l'expression «actes illicites», puisque le fonctionnaire peut répondre d'actes qui ne sont pas illicites en soi. Nous pensons qu'il serait bon de prévoir que le fonctionnaire est responsable de son dol et de sa faute lourde — qui comprend, nous le savons, la négligence grave — et de faire supporter les conséquences de sa faute légère à l'Etat directement. Cela constituerait, il est vrai, une importante réforme du statut actuel, mais elle nous semble utile.

4. *Exercice des fonctions :* Il y aura lieu de préciser également que la faute doit avoir été commise dans l'exercice des fonctions. Cette remarque peut paraître superflue, étant donné que le texte constitutionnel le prévoit déjà et que c'est là une des conditions mêmes de la responsabilité du fonctionnaire, mais il n'est pas inutile de le mentionner expressément dans la loi.

5. *Dommage :* Il ne suffit pas de disposer que le fonctionnaire répond du dommage qu'il cause ; nous estimons qu'il

doit aussi être tenu du tort moral. C'est pourquoi nous proposons de le faire figurer également dans le texte. On évitera ainsi toute difficulté d'interprétation, à condition toutefois que l'on juge bon d'en rendre le fonctionnaire responsable. Dans le cas contraire, mention spéciale en sera faite, dans le même but.

6. *Réparation :* En ce qui concerne la réparation du préjudice causé, on précisera que le fonctionnaire y est astreint aussi bien lorsque la personne du lésé se trouve être l'Etat lui-même que s'il s'agit de particuliers.

7. *Responsabilité plurale :* On pourrait prévoir aussi que lorsque deux ou plusieurs fonctionnaires se rendent concurremment coupables d'un acte dommageable (faute lourde), ils sont tenus solidairement à réparation. L'appréciation du degré de la faute de chacun d'eux appartiendra néanmoins au juge qui pourra toujours libérer celui qui devra légalement échapper à la responsabilité. Le principe de l'article 50 C. O. ne s'adapterait pas mal, semble-t-il, à ce cas.

8. *Autorités :* Il serait encore indiqué de mentionner dans la disposition à créer que les membres des autorités sont personnellement responsables, contrairement au principe précédent. Si le tort résulte d'une délibération d'un corps, il y a lieu de prévoir que chaque membre de ce corps est censé y avoir pris part. On posera en outre le principe de la faculté de la preuve libératoire qui permettra à celui qui s'en est désintéressé ou qui s'y est opposé, de se disculper.

9. *Responsabilité subsidiaire de l'Etat :* La loi devra disposer que la responsabilité subsidiaire de l'Etat n'intervient qu'après que des poursuites auront été dirigées sans succès contre les cautions des fonctionnaires. On a vu en effet que ce point pouvait soulever des difficultés. On peut détourner aisément ces dernières en le prévoyant explicitement.

De plus, il nous semblerait intéressant de donner à l'Etat la possibilité de se retourner contre son fonctionnaire, lorsqu'il a alloué pour lui une indemnité à un tiers. Cela lui permettrait

de récupérer le montant versé, pour le cas où la situation du fonctionnaire s'améliore par la suite.

Sur ce point encore, on pourra spécifier que la commune encourt également une responsabilité subsidiaire du fait des fonctionnaires nommés par elle.

10. *Procédure :* Il y aura lieu de faire mention de la prescription de l'action en responsabilité : à notre point de vue, la prescription ordinaire paraît être la plus rationnelle.

En outre, si le législateur le juge nécessaire, il peut énumérer dans la loi les conditions auxquelles il entend subordonner l'action selon qu'elle est dirigée contre un fonctionnaire ou un membre d'une autorité.

11. *Abrogation :* Cette loi devra spécifier qu'elle abroge toutes autres dispositions, notamment la loi sur la responsabilité du Conseil d'Etat que ce sera une occasion de faire disparaître officiellement. Cette dernière n'aura, en effet, plus de raison d'être, si l'on s'en tient aux dispositions pour lesquelles nous avons opté plus haut relativement aux autorités en général.

Enfin, il sera toujours possible de faire entrer dans cette loi particulière des normes concernant la responsabilité disciplinaire et pénale. Le faire, ce serait adopter une solution heureuse qui permettrait de grouper dans une seule et même loi toutes les dispositions qui concernent le statut des fonctionnaires valaisans en général.

§ 2. La possibilité d'une revision constitutionnelle.

Si l'on juge que le système de la responsabilité primaire du fonctionnaire et de la responsabilité subsidiaire de l'Etat n'est pas apte à régler la question de façon satisfaisante, ou si l'on a pu constater que ce principe n'a pas donné jusqu'ici les résultats qu'on en attendait, on peut alors songer à la possibilité d'une revision constitutionnelle permettant d'adopter le système contraire.

Dans ce cas, on fixerait la responsabilité directe de l'Etat en réservant à celui-ci un droit de recours contre ses fonctionnaires en défaut, comme l'ont fait plusieurs cantons.[1]) Ce principe serait appelé à remplacer celui actuel de l'article 21 et devrait également être développé dans une loi particulière complète.

Cette dernière prévoirait que l'Etat et les communes sont tenus en première ligne de réparer le dommage. Quant à celui-ci, il serait évidemment nécessaire, dans cette seconde hypothèse aussi, de spécifier qu'il s'agit non seulement du préjudice matériel, mais encore du tort moral. En outre, il importe de ne pas omettre, ici non plus, que ce dommage doit avoir été commis dans l'exercice des fonctions. Puis, il faudrait préciser qu'il a été causé sans droit, car on sait que l'Etat peut, dans certains cas, porter atteinte d'une manière licite aux intérêts des particuliers.

Relativement aux fonctionnaires, il y aurait lieu également d'en définir la notion, dans la mesure du possible, ou tout au moins de l'opposer à celle de l'employé de droit privé. Les termes d'autorités et d'employés publics devraient, cela va de soi, figurer dans le texte.

Il conviendrait encore d'établir un délai de prescription de l'action en responsabilité, ceci toujours en vue d'éviter un retour forcé au droit fédéral. Cela n'empêcherait pas de choisir le principe du C. O. qui paraît être le plus rationnel pour ce genre d'action et qu'on n'aurait qu'à reproduire simplement.

Il nous semble qu'en adoptant le système de la responsabilité principale de l'Etat, on éviterait toute difficulté de procédure. Dans chaque cas, le particulier lésé ouvrirait action contre l'Etat directement par la voie ordinaire, sans se soucier de la personne de l'auteur du dommage. Ce serait à l'Etat, qui est mieux placé que les citoyens pour le rechercher, de faire valoir ses droits contre le fonctionnaire en défaut. Il exercerait à cet effet une action récursoire.

1) Cf. Supra, étude de droit comparé.

En ce qui concerne cette dernière, il serait indiqué de mentionner dans la loi les conditions auxquelles le législateur entend la soumettre. Pour qu'elle soit admissible, il faudra tout d'abord que l'Etat ait été condamné à verser une indemnité au tiers lésé. Puis, à notre avis, on subordonnera le bien-fondé des prétentions de l'Etat à l'existence d'un dol ou d'une faute lourde de la part du fonctionnaire. Si celui-ci ne s'est rendu coupable que d'une faute légère, on fera bien de spécifier que l'Etat en supporte seul les conséquences.

On ne devra pas négliger l'éventualité du tort commis par le fonctionnaire à l'égard de l'Etat. Il siérait que la loi contînt sur ce point une disposition fixant que, dans ce cas, l'Etat n'a pas à supporter lui-même les conséquences de ce dommage, mais que le fonctionnaire en est tenu personnellement.

En dernier lieu, il serait bon de déterminer, à son tour, la prescription de l'action récursoire. A cet effet, il nous paraît indiqué de choisir la prescription annale uniquement. L'Etat devrait ouvrir action dans l'année qui suit le jour où il a été reconnu débiteur de quelque manière que ce soit.

CONCLUSION

Deux systèmes sont donc en présence. Auquel des deux devra-t-on arrêter son choix ? C'est au législateur, puis au peuple souverain, qu'il appartiendra de le décider. L'un et l'autre présentent des avantages qui ne peuvent être contestés. Il importe, par conséquent, de donner la préférence à celui des deux qui offre le plus de garantie.

Le premier, celui de la responsabilité primaire du fonctionnaire, a le grand mérite d'obliger ce dernier à agir au plus près de sa conscience, selon les règles auxquelles sa situation le soumet. Sachant qu'il répond personnellement de tout dommage qu'il cause par sa faute, le fonctionnaire vouera une attention soutenue et un soin particulier à l'exécution de sa tâche. Ce principe, en soi, donne toutefois assez peu de sécurité aux contribuables : mais il ne faut pas oublier que l'Etat est tenu en dernier lieu et que les tiers pourront s'adresser à lui pour obtenir la réparation du préjudice subi.

Si l'on se place au point de vue de la garantie à accorder aux citoyens, — car on doit songer que ceux-ci sont en rapports constants avec les représentants de la puissance publique et qu'ils ont le droit d'être protégés contre les erreurs que ceux-ci peuvent commettre —, le système de la responsabilité directe de l'Etat semble être le meilleur. Sa plus grande qualité est

d'être sûr. Les particuliers sauront ainsi qu'ils peuvent toujours faire valoir leurs droits auprès de l'Etat et que, si ces droits sont reconnus, ils trouveront satisfaction en tout temps. Ce point ne doit pas être négligé, car c'est un devoir pour un Etat que de prendre ses sujets sous sa garde. C'est pourquoi il devra placer leurs intérêts au-dessus des siens.

On pourra nous objecter que ce système présente un grand danger : celui de supprimer la menace qui pèse sur le fonctionnaire et qui l'oblige à s'acquitter de ses fonctions avec zèle. Dès l'instant, dira-t-on, où le fonctionnaire sait que l'Etat couvre ses erreurs, il négligera ses devoirs. Mais une telle crainte n'est pas fondée, puisque l'Etat aura toujours la faculté d'exercer un recours contre son fonctionnaire en défaut. Celui-ci n'est donc pas déchargé de sa responsabilité ; il demeure tenu, quoique en dernière ligne, de réparer le tort qu'il a causé. Bien plus, il pourra accomplir son travail avec plus de calme, étant libéré du trop gros souci que lui causerait une responsabilité primaire et qui enrayerait forcément son activité.

Il se trouvera sans doute aussi des étatistes outranciers qui estimeront qu'un tel système fait courir à l'Etat le grand risque de voir son pécule s'amoindrir de façon inquiétante. Nous reconnaissons que c'est exact, jusqu'à un certain point du moins. Mais nous répétons que, dans tout pays qui se respecte, les intérêts privés doivent passer avant ceux de la caisse publique. Le déplorable exemple donné par l'unique Etat qui a voulu consacrer le principe contraire ne le prouve que trop éloquemment.

C'est pour ces multiples motifs que nous optons sans hésiter pour le système de la responsabilité directe de l'Etat. Il est évident — et nous ne nous faisons aucune illusion à ce sujet, — qu'il sera délicat de vouloir l'adopter, puisqu'on sera tenu de modifier le principe constitutionnel en vigueur. Cette obligation ne saurait pourtant être considérée comme un obstacle infranchissable. Il sera, en effet, facile d'opérer cette transformation à l'occasion d'une revision partielle de la Constitution.

A supposer toutefois que l'on renonce à le faire et quelle que soit la solution que l'on préfère, il est de toute nécessité de prendre position sans plus tarder, afin que l'important problème de la responsabilité du fonctionnaire valaisan soit enfin résolu, pour le bien de la collectivité et la tranquillité des juristes.

C'est là notre dernier vœu et en même temps celui qui nous est le plus cher.

„J'ai toujours senti une joie secrète lorsqu'on fait quelque règlement qui alloit au bien commun."

(Montesquieu).

TABLE DES MATIERES

Bibliographie 7
Liste des abréviations 12
Avant-propos 13
Introduction 15

PREMIERE PARTIE

Le fonctionnaire public et sa responsabilité.

CHAPITRE PREMIER

L'Etat et le fonctionnaire. Notions générales . . . 19
§ 1. L'Etat 19
§ 2. Le fonctionnaire 24

CHAPITRE II

La nature juridique du fonctionnaire public 32
§ 1. Formation du rapport juridique . . . 38
§ 2. L'objet du rapport juridique 41
§ 3. Extinction du rapport juridique . . . 48

CHAPITRE III

Notions de la responsabilité du fonctionnaire public . 51
§ 1. Conditions de la responsabilité . . . 53
§ 2. Réparation 60

CHAPITRE IV

La responsabilité des fonctionnaires publics en droit comparé 64
§ 1. Dans les principaux Etats étrangers . . 67
§ 2. En Suisse 73

DEUXIEME PARTIE

Le fonctionnaire valaisan et sa responsabilité.

SECTION I

Les dispositions spéciales de la loi en vigueur . . . 81

CHAPITRE PREMIER

La législation fédérale 82
§ 1. Les fonctionnaires de l'état civil . . . 82
§ 2. Les autorités de tutelle 89
§ 3. Les fonctionnaires du registre foncier . . 94
§ 4. Les fonctionnaires du registre du commerce 99
§ 5. Les fonctionnaires des offices de poursuites 101

CHAPITRE II

La législation cantonale 108
§ 1. Le principe constitutionnel 108
§ 2. Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire . 114
§ 3. Les membres du pouvoir exécutif . . 118
§ 4. Les organes de la Banque cantonale . . 122
§ 5. Les notaires 125

SECTION II

La responsabilité du fonctionnaire valaisan à défaut de loi spéciale 129

CHAPITRE III

Le statut actuel 129
§ 1. Responsabilité du fonctionnaire . . . 130
§ 2. Responsabilité de l'Etat 141
§ 3. Responsabilité de la commune et de ses fonctionnaires 150

CHAPITRE IV

Suggestion en vue d'une loi particulière 153
§ 1. L'accord avec le principe constitutionnel . 154
§ 2. La possibilité d'une revision constitutionnelle 157
Conclusion 160